



القِسمة

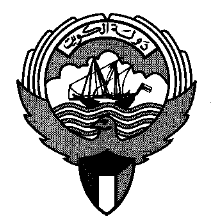
بحث أعده خبير الموسوعة الفقهية الكويتية
عام ١٣٩١هـ - ١٩٧١م

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة

الإصدار الرابع والعشرون
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م
الوعي الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

القِسْمَة



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

أسست عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م

الوعي الإسلامي

AL-Waei AL-Islami

مجلة كويتية شهرية جامعة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الإصدار الرابع والعشرون
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م

الموقع على الإنترنت	www.alwaei.com
البريد الألكتروني	info@alwaei.com

العنوان
ص.ب ٢٣٦٦٧ الصفاة ١٣٠٩٧ - الكويت
هاتف: ٢٢٤٦٧١٣٢ - ٢٢٤٧٠١٥٦ - ١٨٤٤٠٤٤ - فاكس: ٢٢٤٧٣٧٠٩

الإشراف العام
رئيس التحرير
فيصل يوسف أحمد العلي

تصــديــر

بقلم رئيس تحرير «مجلة الوعي الإسلامي»

الحمد لله الذي منَّ علينا بالإيمان والإسلام، وتفضل علينا ببيان الشرائع والأحكام، وأحلّ الحلال وبيَّن الحرام، نحمده على ما أفاض علينا من الإنعام، ونشهد أن محمدًا عبده ورسوله سيد الأنام، اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه السادة الأعلام.

أما بعد: فإن التفقه في الدين من أفضل القرب وأجل الطاعات. وأول ما تنصرف إليه همم أولي الرغبات، معرفة الحلال والحرام، فالفقه الإسلامي طوى في دواوينه المطبوعة والمخطوطة باكورة خالصةً من أعمال الأئمة الفقهاء، وجمع بين دفات الكتب حُصالة فهم الفقهاء لنصوص الكتاب والسنة، وما أجمعَتْ عليه الأمة.

ومن المعلوم أن فقه المعاملات المالية من أخطر الأبواب وعورة، وأشدِّها ممارسة، لذلك كان من المهم جدًّا أن يستَقلَّ فيها بمؤلفات وافية، حاوية للمنقول عن المذاهب المتبوعة، مشفوعة بالآراء المتأخِّرة والمعاصرة.

وهذا الكتاب الذي نُصدره اليوم «**بحث القسمة**» من أَرْصنِ البحوث المعاصرة في باب خطير من الأبواب الفقهية، كتبه خبير في هذا الفن، وبين في المقارنة بين الشريعة والقانون، وقدحرص فيه على الدقة في النقل، والأمانة في التصوير، والنزاهة والورع في الأحكام.

ومن أهم ما يميز هذا البحث تفصيلُه الممتع المفيد في ماهية القسمة، وطبيعتها،

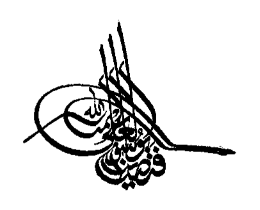
وخلاف الأئمة الفقهاء في شتى تفاصيلها وجزئياتها، إضافة إلى ترجيح وتقويم في بعض المسائل، من باب زيادة الفهم والإيضاح، ولا يمكن لقارئ البحث بعد أن ينتهي منه إلا أن يثور إعجابه بقلم السيد المعد للبحث ومراجعته، وهو صاحب الفضيلة خبير الموسوعة الفقهية الكويتية عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م):

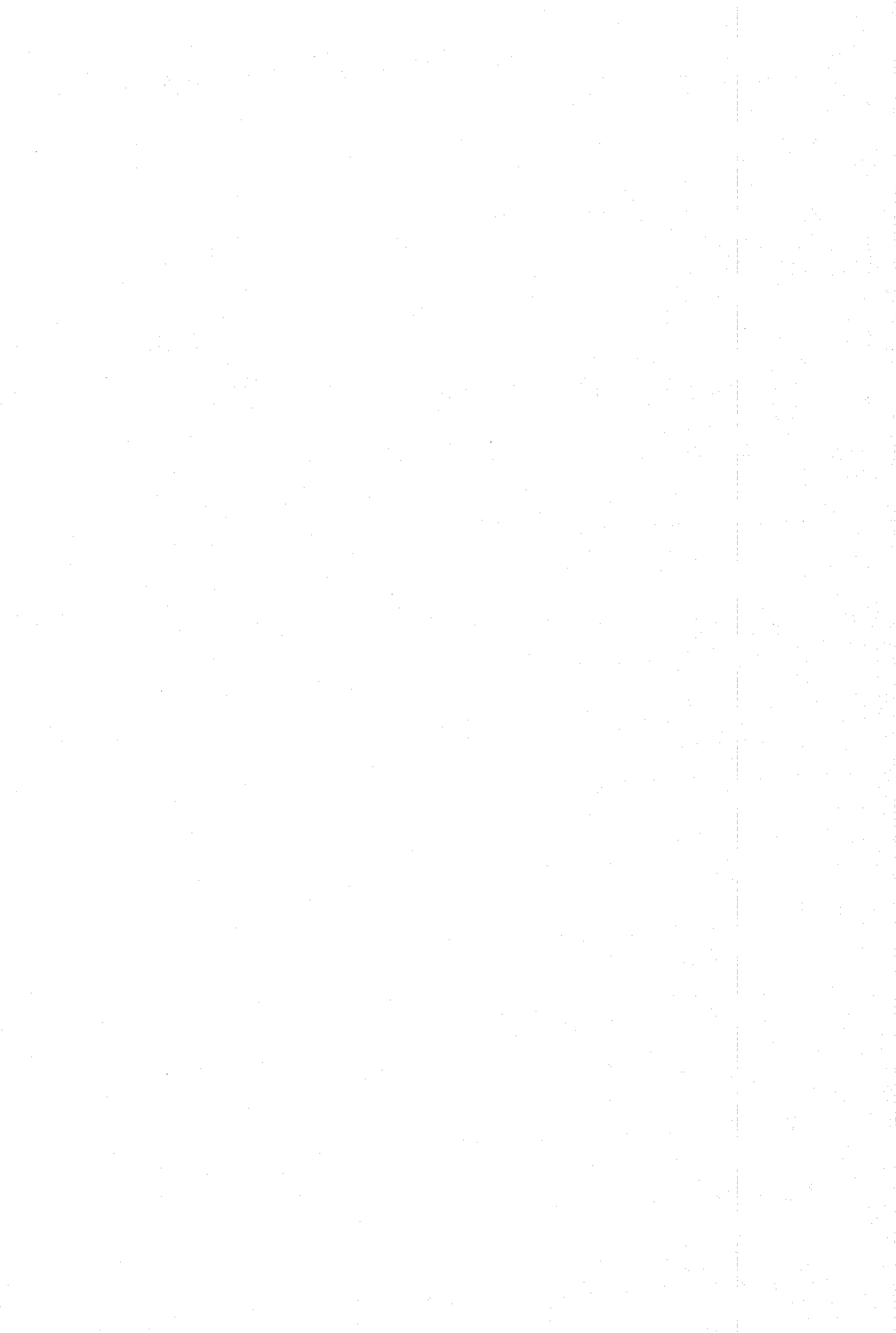
الدكتور إبراهيم عبدالحميد إبراهيم سلامة.

وفي الختام، هذا إصدار جديد، تنال مجلة «الوعي الإسلامي» شرف طباعته وإخراجه للناس كافة، وللمهتمين بالفقه المالي على وجه الخصوص، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

رئيس التحرير

فيصل يوسف العلي





الاصطلاحات والرموز

١ ـ إذا ذكر حكم غير معزو لمذهب ، وغير مصرحٍ بأنه متفق عليه فالمراد أنه حكم المذهب الحنفي .

٢ ـ حرف الراء بعدها نقطتان في العزو هكذا (ر :) هو فعل أمر من الرؤية ، بمعنى : انظر .

٣ ـ الرقمان بينهما خط مائل بعد اسم كتاب في العزو هكذا ٣ / ٢٤ يكون الرقم الأول للجزء ، والثاني للصفحة . وفي العزو إلى صفحات أو فقرات عديدة متتالية يكتفى بذكر الرقمين الأول والأخير مع خط أفقي بينهما للدلالة على أن مابين الرقمين من صفحات أو فقرات مشمول بالعزو .

٤ ـ حين يتكرر العزو إلى كتاب ويذكر معه كلمة (أيضاً) فالمقصود المكان نفسه السابق الذكر من ذلك الكتاب .

٥ ـ حرف الفاء المتلوّ بخط مائل ورقم هكذا ف / ٢٧ في الإحالة والعزو هو رمز إلى الفقرة ذات الرقم المذكور .

مثال على كل ما تقدم من الرموز : (ر : ف / ١٥ والبدائع ٣ / ٢٤ ـ ٢٩)

أي : انظر الفقرة / ١٥ من هذا الموضوع ، والصفحات من ٢٤ حتى ٢٩ من الجزء ٣ من كتاب البدائع .

ملاحظة :

قد يُرى في هذه الطبعة التمهيدية إحالاتٌ في أحد الموضوعات على بعض موضوعات أخرى ، دون تحديد رقم الفقرة من الموضوع المحال عليه ، بل يوضع في محل رقم الفقرة المحال عليها نُقَط . وسبب ذلك كونُ الموضوع المحال عليه لم تتم كتابته بعدُ ، فلا يمكن تحديد رقم الفقرة المحال إليها .

بسم الله الرحمن الرحيم

مخطط تفصيلي لبحث

القسمة

يقع في ستة فصول

الفصل الأول

تمهيديات

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الثالث

الفرع الــرابع

(القسمة)

الكلام في القسمة يقع في ستة فصول :

الفصل الاول

تمهيـــديات

وفيـــه ثلاثة فروع :

الفرع الأول

تعـــريفها وتكييفها

وفيـــه مطلبـــان :

المطلب الأول

تعريف القسمة ، وشرحـــه ، وتمثيله

١ — القسمة لغة : هي النصيب ؛ وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء أو ابعاضا متمايزة ؛ سواء أكان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو الأبعاض ، أم لمعرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه ، كما في القسمة الحسابية ، أم بقصد تعيين الانصباء ، تساوت أم تفاوتت .

ولذا يقول صاحب المصباح المنير « قسمته قسما ، من باب ضرب ، فرزته أجزاء فانقسم ؛ والموضع مقسم ، مثل مسجد ؛ والفاعل قاسم ؛ وقسام مبالغة ؛ والاسم القسم (بالكسر) ثم أطلق على الحصة والنصيب ، فيقال : هذا قسمي ؛ والجمع أقسام ، مثل حمل وأحمال ؛ واقتسموا المال بينهم ؛ والاسم القسمة ، واطلقت على النصيب أيضا » .

وهو يريد بقوله « والاسم : القسمة » انها اسم مصدر . [وكلامه أدق وأشمل مما عند صاحب « المغرب » إذ يقول : « قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين أنصباءهم ، ومنه القسم بين النساء » فان هذا قاصر على تمييز الانصباء ، وسيأتي انه المعنى الشرعي للقسمة ، فيكون المعنيان اللغوي والشرعي سواء : وقد أقره كثير من أهل العلم[1] والاصل في المعنى اللغوي أن يكون أعم ، وهو هنا أيضا جار على أصله ، كما رأيناه في كلام صاحب المصباح ، وليس به من خفاء] .

٢ — القسمة شرعا : جمع نصيب شائع في معين : أي في نصيب معين : هكذا عرفها صاحبا الكنز والكفاية من الحنفية[2]. وانما كانت جمعا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء المشترك — ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ماله في المجموع الكلي — ثم صار بعد القسمة منحصرا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء — ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان ، كما في المهايأة الزمانية .

[وهو يساوي تماما تعـريف المالكية إذ يقولون : « هي تصيير مشاع ، من مملوك مالكين فأكثر ، معينا — ولو باختصاص تصرف فيه — بقرعة أو تراض » . ومثال اختصاص التصرف أن يتصرف هذا في دار ، وهذا في دار ؛ مع بقاء الشركة في الدارين . فانت ترى المالكية مصرحين — عن طريق هذه الغاية « ولو باختصاص تصرف فيه » بأن قسمة المهايأة من مشتملات التعريف ، كما أشرنا آنفا . فمن الخطأ قصره على قسمة الأعيان — وان غيرت صيغته ابتغاء الايجاز أو الايضاح : كما فعل محررو المجلة العدلية إذ قالوا : « القسمة هي تعيين الحصة الشائعة » . وقد تورط في هذا الخطأ — تبعا لملا مسكين وأبي السعود — الاتاسي في شرح المجلة ؛ وغرهم أنهم وجدوا الفقهاء يذكرون للمهايأة تعريفا مستقلا ! مع أن هذا شأن كل نوع تحت جنس . ونص عبارته :

(١) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ والتجريد المفيد ٣٦٨/٤ وتعليق الشيخ عوض على الاقناع للخطيب ٢٧١/٢

(٢) البحر الرائق ١٦٧/٨ وفتح القدير ٣٤٧/٨

« وأفاد مسكين على الكنز أن القسمة نوعان : قسمة في الأعيان ؛ وقسمة في المنافع ، وهي المسماة بالمهايأة . وما ذكر (يعني تعريف المجلة) تعريف للنوع الأول . وتعريف النوع الثاني : مبادلة المنفعة بجنسها[١] كما في أبي السعود عن الحموي[٢] » . ولم يتورط المالكية في مثل هذا الخطأ مع أنهم أيضا يفردون قسمة المهايأة بتعريف دقيق وفق طريقتهم إذ يقولون : « هي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة مشترك فيه[٣] مدة معلومة » .

نعم بعض تعاريف الحنفية للقسمة لا تشمل بظاهرها قسمة المهايأة . ومن ذلك ما جاء في العناية ونتائج الافكار وتنوير الابصار : « هي جمع النصيب الشائع له (أي للشريك) في مكان معين[٤] » لأن تقييد الجمع بكونه في مكان معين مشعر بتجاهل المهايأة ، إذ قد لا يكون الجمع فيها إلا باعتبار الزمان . فلعل هذا هو منشأ الاضطراب] .

٣ – [ثم التعريف بما سلف للحنفية والمالكية صادق بتعيين نصيب شريك واحد من عدة شركاء ، مع بقاء الآخرين على شركتهم كما كانوا . وهي المسألة التي سأل عنها سحنون عبد الرحمن بن القاسم إذ قال له : « أرأيت لو أن دارا بين ثلاثة رجال رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتا من الدار ، على أن تكون للآخرين بقية الدار ، أيجوز هذا عند مالك ؟ » فأجاب ابن القاسم : « نعم » . فعاد سحنون يقول : « أليس قد قال مالك : لا يجمع بين رجلين في القسم ؟ » فرد ابن القاسم : « انما قال ذلك مالك في القرعة – لعلها القسمة – بالسهام[٥] » على أن أشهب يجيز الجمع مطلقا[٦] ومثله قول صاحب البدائع من الحنفية : « وينبغي ألا يضم بعض الأنصباء إلى بعض ، إلا إذا رضوا بالضم ، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانيا »[٧] فان معناه أنه إذا أراد بعض الشركاء بقاء شركتهم فذلك لهم ، ويقسم لغيرهم ممن يريدون القسمة . وتجد في مباحث الاستحقاق مثالا آخر[٨] وهو يؤخذ من قول الشافعية : « ان وكل شريكا له على أن يكون نصيبهما جزءا واحدا جاز ، لأنه يحتاط لنفسه ولموكله »[٩] ومن تصويرهم الشفعة في القسمة – بناء على أنها بيع – بما إذا تقاسم شريكًا ثالثٍ حصتيهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه[١٠] ومن قولهم : « لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم ، وطلبوا من الباقين أن يتميزوا عنهم بجانب ، ويكون حق المتفقين متصلا ، فان كان نصيب كل لو انفرد لم ينتفع به أجيبوا »[١١] .

٤ – ويلتقي مع هذا كله ما يقرره شراح القانون المدني المصري من أن القسمة تفرز نصيب كل واحد من الشركاء ، أو بعض منهم بعينه واحدا أو أكثر ، في جميع المال أو في بعضه[١٢] بل لقد أثبت الحنفية القسمة في بعض المال المقسوم دون بعض – حتى في قسمة الاجبار إذا لم يكن من ذلك بد : كما قالوه في قسمة ثلاثة أثواب بين اثنين يأخذ كلٌّ ثوبا لا يساوي ثوب صاحبه

---

(١) غير جامع ، لان المهاياة قد تكون مع اختلاف جنس المنفعة كما سيجي : (ر: مهاياة ف٦) وغير مانع ، لانه يشمل مبادلة المنفعة بين من ليسوا بشركاء .

(٢) ٤/٥٠

(٣) صادق بالكل وبالبعض .

(٤) فتح القدير ٨/٢٤٨ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/١٦٦ .

(٥) المدونة الكبرى ٤/١٦٩ .
يعني اذا اختلف فرضا هما او كانا عصبة ليس معهما ذو فرض (الرهوني ٦/٣١٠) . نعم ان كان لمورث العصبة شريك اجنبي جمعوا وان ابوا (حواشي التحفة ٢/٦٩) كدار بين شريكين مات احدهما ، تقسم نصفين بين الشريك والورثة ، ثم يقسم بين الورثة نصفهم .

(٦) الرهوني ٦/٣٠٩ .

(٧) البدائع ٧/١٩ .

(٨) ر : ف ٢٢١ .

(٩) مغني المحتاج على المنهاج ٤/٤١٨ .

(١٠) رشيدي على نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ .

(١١) نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ .

(١٢) الوسيط للسنهوري ٨/٨٨٩ .

في القيمتو لايستغرق الثالث ، فيبقى الثالث مشتركا بينهما[1].]

٥ ـ [ولا يخفى بعد هذا قصور التعريف بالصورة التي أورده بها الدردير من المالكية إذ يقول : « القسمة تعيين نصيب كل شريك في مشاع ، ولو باختصاص تصرف »[2] إذ هو بعد التعبير بصيغة العموم لا يشمل تعيين نصيب بعض الشركاء دون بعض . وهو نفس القصور الذي وقع في تفسير المجلة لتعريفها الآنف إذ تقول : يعني افراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما ، كالذرع والوزن والكيل[3] ثم في هذا قصور آخر ، إذ لا يشمل افراز الحصص بالتراضي دون مقياس ما . ولذا أطلق أكثر الشافعية ، إذ عرفوا بمثل هذا ، فقالوا : « القسمة تمييز الحصص بعضها من بعض[4] » وقد يقولون : « تمييز بعض الانصباء من بعض » . والذين يقيدونها منهم لا يقصرون وسيلة التعيين على المقاييس ، بل يقولون : « بالطريق الآتي »[5] : فيكون تعريفهم جامعا ، ومانعا أيضا ـ لأن المشترك إذا جزئ مثلا على التفاوت ثم وزع بطريق المقامرة بين الشركاء لم يكن ذلك من القسمة الشرعية في شيء] .

والعبارة التي عبر بها الشافعية من غير تقييد ، هي أيضا عبارة الحنابلة[6] . [وان كان صاحب مطالب أولي النهى ، عند ما شرح عبارة المنتهى ، قصرها على قسمة الافراز ، وافرد كلا من قسمي التعديل والرد بتعريف : فقال : « قسمة التعديل : هي أن يحضر مقومان يقومان الأعيان كل عين على حدة ، ويدفعا إلى كل واحد أعيانا بقدر ماله بالقيمة . وقسمة الرد : هي أن يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ستمائة ، والآخر سبعمائة ، فيرد خمسين[7] .

فليس يخفى خلله ، لأن التعريف شامل لقسمي التعديل والرد ، وليس قاصرا على قسمة الافراز ـ كما هو واضح ، وعلى هذا الشمول فسره كل من ذكره .]

٦ ـ [وعلى هذا لو كان بين رجلين صبرة قمح فقال أحدهما لصاحبه لك منها هذا الطرف ولي ذاك لا تكون هذه قسمة : إذ ليس فيها تمييز الانصباء وتعيينها : بحيث لا يكون لنصيب هذا تعلق بنصيب ذاك]

المطلب الثاني

التكييف وآثاره

وفيه شعبتان :

الشعبة الأولى

هل القسمة بيع أم محض تمييز حقوق

٧ ـ يذهب العلماء في ذلك مذاهب أربعة :

المذهب الأول : أنها بيع باطلاق :

وعليه مالك نفسه وبعض أصحابه(٨) لكنه خلاف المشهور عندهم(٩) وبعض الشافعية ؛ وصححه جمع من قدامى أصحابهم ، والرافعي والنووي أوائل الربا وفي زكاة المعشرات(١٠) وبعض الحنابلة ، وهي رواية عن أحمد(١١) .

المذهب الثاني : أنها محض تمييز حقوق باطلاق

وعليه بعض الشافعية ومعهم المجد بن تيمية من الحنابلة وكذلك بعض المالكية إذا لم تقع القسمة جزافا وكذلك ابن حزم باستثناء القدر المقابل بالمردود في

---

(١) فتح القدير ٨/٣٥٩ .
(٢) بلغة السالك ٢/٢٣٧ .
(٣) شرح الاتاسي ٤/٥٠ .
(٤) نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ .
(٥) الباجوري على ابن قاسم ٢/٣٥١ .
(٦) منتهى الارادات ٢/٦١٨ .

(٧) مطالب أولى النهى ٦/٥٤٩ .
(٨) التحفة وحواشيها ٢/٦٨ .
(٩) الفواكه الدواني ٢/٣٢٧ .
(١٠) مغني المحتاج ٤/٤٢٤ ونهاية المحتاج ٨/٢٧٥ .
(١١) منتهى الارادات ٢/٦١٨ والانصاف ١١/٣٤٧ .

قسمة الرد (وهو ما يعرف بالمعدِّل - في القانون المدني المصري) فانهم مجمعون على أنه مبيع[١].

المذهب الثالث: أنها تمييز حقوق في بعض دون بعض.

أ - فعند جماهير المالكية، وهي رواية المدونة عن مالك[٢]: تمييز حقوق فيما تماثل - أي كان من نوع واحد، مع تساوي الرغبات والقيمة: كالدور والفدادين المتقاربة في المسافة عرفا[٣]، المتساوية في القيمة عند أهل الخبرة وفي الرغبة لدى الشركاء - أو تقارب (وقد يقال: تجانس) - ككل ما يلبس من الثياب، لأن الغرض الأهم هو اللبس[٤]: فالقطن والصوف والحرير وغيرها. من مخيط وغير مخيط، تدخل في عداد المتقارب[٥] - إذا وقعت قسمته بطريق القرعة: أما فيما عدا ذلك فبيع.

ب - وعند جماهير الشافعية: تمييز حقوق في قسمة المتشابهات: وذلك حيث تتساوي الانصباء صورة وقيمة: سواء في ذلك المثلي كالحبوب والنقود، وغيره كالدار المتفقة الأبنية: في كل من جانبيها مثل ما في الآخر مع انقسام العرصة (الساحة) الفاصلة بين المبنيين، والأرض الزراعية وغير الزراعية التي تتشابه أجزاؤها كذلك - بيع فيما عدا ذلك[٦].

حـ - وعند جماهير الحنابلة وبعض الشافعية: تمييز حقوق فيما عدا قسمة الرد - أما في قسمة الرد فبيع. وقسمة الرد - كما سيجيء - هي التي يستعان في تعديل أنصبائها بمال أجنبي: كأرض بين اثنين في أحد جانبيها ما لا يقبل القسمة - كمعدن أو بناء أو بئر ماء - وربما كانت قيمته وحده تعدل قيمة الأرض كلها أو تزيد[٧].

المذهب الرابع: القسمة لا تخلو من المعنيين:

إلا أنه في قسمة المثلي يغلب معنى تمييز الحقوق (الافراز) وفي قسمة القيمي يغلب معنى البيع. وهذا هو مذهب الحنفية لا يختلفون عليه[٨] ولكل وجهة:

٨ - فللأول: أن كل جزء من المال مشترك بين الشريكين، فاذا أخذ أحدهما نصف الجميع فقد باع ماترك من حقه بما أخذ من حق صاحبه[٩] أو كما قال ابن قدامة: لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر - وهذا حقيقة البيع[١٠].

وهذا منقوض نقضا إجماليا بتخلف أحكام البيع عنها في كثير من المواطن: فالبيع يفتقر إلى صيغة تمليك بايجاب وقبول؛ وتثبت فيه الشفعة؛ ولا تدخله القرعة؛ ولا يراعى فيه تعادل البدلين - ولا كذلك القسمة.

وقد يجاب بأن تخلف اللازم لمانع لا يضر: ككون ثبوت الشفعة في القسمة عبثا - لأنها

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٣، ٤٢٤ وقواعد ابن رجب ٤١٢ ومطالب اولي النهى ٦/٥٥٠ التحفة وحواشيها ٢/٦٨.

(٢) ١٤/١٩٨.

(٣) فالداران في جبين من مدينة، ان تقارب الحيان فمتقاربتان وان تباعدا فمتباعدتان، واذا كانتا كل في قرية - فقد قالوا ان القريتين اذا وقعتا في نطاق ميل واحد فمتقاربتان وقال الدردير: او ميلين، ولم يفرق بين المدينة والقرى، (بلغة السالك ٢/٢٤٠) والتحديد بالميل وقع في المدونة لبيان التقارب بالنسبة للاراضي الزراعية والبساتين، فالمسالة اذن مسالة عرف (التحفة وحواشيها ٢/٦٨-٦٩.

(٤) بلغة السالك ٢/٢٤١.

(٥) ومن المتقارب (المتجانس) البخت من الابل مع العراب منها، والجاموس مع البقر، والغنم مع المعز، لا البغال مع الحمير (الخرشي ٤/٤٠٢ والتحفة وحواشيها ٢/٦٩) وفي المصباح المنير: العراب من الابل خلاف البخاتي.

(٦) التجريد المفيد ٤/٣٧٠ ومغني المحتاج ٤/٤٢١، ٤٢٢

(٧) المغني ١١/٤٩١ ومطالب اولي النهى ٦/٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥٨ والمهذب ٢/٣٠٦.

(٨) البدائع ٧/١٧.

(٩) المهذب للشيرازي ٢/٣٠٦.

(١٠) المغنى ١١/٤٩١.

لو ثبتت لهذا لثبتت لذاك ، فلا تكون لها فائدة . على أن من أهل العلم من شرط فيها لفظ البيع والشراء[١] .

ولكن الايراد وارد في الجملة على أولئك الذين يصرحون بأن القسمة لا تلتزم فيها أحكام البيع : كالمالكية الذين يقولون إنه يتساهل فيها ما لا يتساهل في البيع[٢] .

أما القائلون بهذا القول من الشافعية فمصرحون بالتزام أحكام البيع فيما عدا ما عدده الموردون هنا — ومن السهل التخلص منه : فان التّراضي هو مقصود العقود ؛ والقرعة عندهم غير لازمة ، ثم هي لقطع عرق المنازعة ، وليست الصفقة معلقة عليها ؛ ومراعاة تعادل البدلين منشؤه المقايضة مع التشاح — وإلا فحيث لا ربا يجوز التفاضل بالتّراضي[٣].

٩ — وللثاني : أن لوازم القسمة تخالف لوازم البيع — كما علم من الايراد السالف — واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات . ومن ذلك ما يقول ابن حزم : لو كانت بيعا لما جاز أن تأخذ البنت دينارا ، والابن دينارين[٤].

[وقد علمنا جوابه . على أن انكار البيع فيما قابل المردود من خارج (أي المعدِّل) في قسمة الرد ليس إلا محض مكابرة . أما البنت وأخوها في قسمة الثلاثة الدنانير فمن الخطأ البين ، الذي يجل عنه مقدار ابن حزم ، تصوره أنها باعته دينارين بدينار ؛ وانما هي باعته ما تستحقه في الدينارين بما يستحقه هو في الدينار : وكلاهما سواء — ثلثا دينار] .

١٠ — وللثالث : من وجهة نظر الحنابلة وموافقيهم : أن الراد انما بذل مقابل ما حصل له من حق شريكه عوضا عنه — وهذا هو معنى البيع . هكذا قال ابن قدامة في المغنى ، تبعا للشيرازي في المهذب[٥] [وهو جد واضح في القدر المقابل بالمردود الأجنبي (المعدل) أي من خارج المال المشترك ؛ فكأنهم طردوه في سائر نصيب الراد ، لأنها صفقة واحدة ، أو لأن هذا القدر الواضح من المعاوضة يرجح جانبها في الباقي] . أما في غير قسمة الرد فيتمسك بتغاير اللوازم ، كما تمسك أرباب المذهب الثاني[٦]. وقد علمنا ما فيه .

والشافعية من أرباب المذهب الثالث لا ينازعون في أن قسمة الرد بيع ؛ ولكنهم يقولون كذلك أيضا كل قسمة أخرى يحتاج فيها إلى تعديل الانصباء بواسطة التقويم ليصير ما يأخذه بها كل شريك حقا خالصا له ، إذ التقويم تخمين يخطىء ويصيب : كما في دار بعضها لبن ، وبعضها حجر ؛ وأرض بعضها جيد ، وبعضها رديء ؛ وبستان بعضه نخل ، وبعضه كرم (وتسمى قسمة تعديل) — وربما قيل لو كانت قسمة التعديل بيعا لما قبلت الاجبار كقسمة الرد . وقد قيل في مذهب الشافعية بعدم قبولها الأجبار فعلا[٧] ولكنه خلاف ما اعتمدوه ، ولم يلتفتوا — في معتمدهم — لكونها بيعا الحاقا لتساوي الأجزاء قيمة بتساويها حقيقة ، ولدعاء الحاجة فان الرغبات تتعلق بتخليص الحق من المزاحمة وسوء المشاركة ؛ وكما يبيع الحاكم مال المديون جبرا . ولم تحكم هذه الحاجة في قسمة الرد لأن الاجبار فيها يكون اجبارا على دفع مال غير مستحق[٨].

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٤ والانصاف ١١/٣٥٠ .

(٢) فمن ذلك عندهم أ — جواز ان يقسم اردب من القمح بين اثنين ، يأخذ احدهما ثلثيه والاخر ثلثه ، ولو كان ذلك في البيع لما ساغ . ب — جواز ان يقسم ما أصله ان يباع مكيلا ، كصبرة قمح ، مع ما أصله ان يباع جزافا : كفدان ارض ، مع خروج كل منهما عن أصله ، وهذا ممتنع في البيع ، والقاعدة عندهم : أن الاصل في المكيلات والموزونات الكيل ، أى التزام معيارها الشرعي وفي الممسوحات الجزاف (بداية المجتهد ٢/١٥٩ . د — جواز ان يقسم ما تزيد غلته على الثلث في أحد القولين مع امتناع بيعه (بلغة السالك ٢/٢٣٨) .

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ .

(٤) المحلى ٨/١٣٣ .

(٥) المهذب ٢/٣٠٦ والمغني ١١/٤٩٢ .

(٦) المهذب ٢/٣٠٦ والمغني ١١/٤٩١ .

(٧) مغنى المحتاج ٤/٤٢٣

(٨) نهاية المحتاج ٨/٢٧٥

[ولم أر للمالكية كلاما صريحا في تعليل تفرقتهم ، ولكن المفهوم من عرض تقريراتهم أن المتساوى في المقصود الأهم يعتبر كالمتساوى من كل وجه ، لامكان التجاوز عن الفرق حينئذ ، سيما وهو يعدل بالقيمة : فالذي يأخذ نصيبه من هذا أو من ذاك يكون آخذا لعين حقه – وهذا هو معنى تمييز الحقوق . ولكن لا يخفى تعسفه مع اعترافهم بالحاجة إلى التقويم (١).

١١ – وللرابع : انه ما من جزء – مهما قل – من المال المشترك إلا ونصفه لهذا ونصفه لذاك ، فاذا استقل أحدهما بنصف المجموع : فشطر ما استقل به كان له قبل القسمة ، وانما اجتمع وتميز بعد شيوع – وهذا هو معنى تمييز الحقوق ؛ وشطره الآخر كان لشريكه أخذه منه عوضا عما تركه له – وهذا هو معنى البيع . وانما غلب في قسمة المثلي معنى تمييز الحقوق ، لأن المأخوذ فيها على سبيل المعاوضة هو عين المتروك حكما ، إذ هو مثله يقينا ، فضعف معنى المبادلة – ولا كذلك قسمة القيمي ، فلم يضعف فيها معنى المبادلة ، إذ المأخوذ ليس عين المتروك ولو حكما ؛ ومن ثم يكون معنى المبادلة في قسمة القيمي أقوى منه في قسمة المثلى . وهذا هو معنى قولهم ان المبادلة في قسمة القيمى أغلب . وليس معناه أنها في قسمة القيمىّ أغلب من تمييز الحق الأصلي في نفس قسمة القيمى . – كما توهم صاحب نتائج الافكار – حتى يقال بل هما سواء (٢).

[ولعل هذا هو أسلم المذاهب وأبعدها من التكلف والتناقض في التفريع حيث لا تلتزم أحكام البيع] .

(١) التحفة وحواشيها ٦٩/٢ وبلغة السالك ٢٤١/٢ .

(٢) نتائج الافكار ٣٤٩/٨ وملامسكين ٢٠٣/٢ وحاشية ابن عابدين « رد المحتار » ١٦٧/٥ .

الشعبة الثانية

الآثار المترتبة على الخلاف في تكييفها

١٢– تتلخص هذه الآثار في أنه : ان كانت القسمة بيعا ، فانها تعطى أحكامه – مع ملاحظة ما مر من المستثنيات في أشباه لها ؛ وان كانت محض تمييز حقوق فانها لا تعطى أحكام العقود أصلا (٣).

ولنضرب لذلك أمثلة

١٣ – أ-الخيارات : تدخل القسمةَ بناء على أنها بيع ، ولا تدخلها بناء على أنها تمييز حقوق . هكذا نص الشافعية والحنابلة(٤) وهو مستفاد من كلام المالكية(٥). إلا أن من الحنابلة من نفى فيها خيار الشرط على أية حال ؛ ومنهم من أثبت خيار المجلس وخيار الشرط على أية حال – وعللوه بأن الخيار لم يشرع خاصا بالبيع ، بل للتروي وتبين أي الامرين أرشد ؛ وهذا المعنى موجود في القسمة (٦) .

ونظرا إلى أن معنى البيع قائم في كل قسمة عند الحنفية لم يرددوا هذا الترديد ، بل أطلقوا دخول الخيارات في جميع أقسامها ؛ ولكن على تفاوت يرجع إلى معنى آخر :

١ – فقسمة الأجناس المختلفة – وهي قسمة تراض لا اجبار فيها – تدخلها الخيارات الثلاثة : خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية .

٢ – وقسمة الجنس الواحد من المثليات – وهي تقبل الاجبار – لا يدخلها سوى خيار العيب .

٣ – وقسمة الجنس الواحد من القيميات ، كالبقر أو الغنم أو الثياب من جنس واحد – وهي تقبل الاجبار أيضا – يدخلها خيار العيب بلا خلاف ، كما يدخلها خيار الشرط والرؤية على الصحيح المفتى به [وهو تقسيم مذهبي حاصر(٧)] .

(٣) مغنى المحتاج ٤٢٤/٤ والقواعد لابن رجب ٤١٢ .

(٤) مغني المحتاج ٤٢٤/٤ وقواعد ابن رجب ٤١٣ .

(٥) المدونة ١٩٨/١٤ وبلغة السالك ٢٣٨/٢ .

(٦) قواعد ابن رجب ٤١٣ .

(٧) رد المحتار ١٦٧/٥ .

١٤ – ب – : الشفعة : ان كانت القسمة تمييز حقوق لم تثبت فيها الشفعة قولا واحدا . وان كانت بيعا : فقد صرح الشافعية بثبوتها ، وصوروها بما إذا تقاسم شريكان من ثلاثة شركاء وتركا نصيب الثالث مع أحدهما باذن هـذا الثالث – فان الشفعة تثبت لهذا الثالث[1] وهو تصوير غير واضح[2] وقد انكره الحنفية ، لأن الشفعة تثبت على خلاف القياس في المبادلة المحضة ، والقسمة ليست مبادلة محضة[3] .

أما الحنابلة فقد اختلفوا فمنهم من أثبتها على الاصل ؛ ومنهم من نفاها لمانع خاص بالقسمة ، إذ لو ثبتت لهذا على ذاك لثبتت لذاك على هذا : فيتنافيان . [وهو مسلك سليم غالبا] . ووصفه صاحب الانصاف من الحنابلة بانه الصواب[4] [ولكنه غير مطرد كما ترى من تصويرنا للشافعية] .

١٥ – ج – التقايل : ان كانت القسمة بيعا قبلته ، وان كانت مجرد تمييز حقوق لم تقبله . نص عليه الشافعية . ويؤخذ أيضا من كلام المالكية[5] وجرى ابن عابدين من الحنفية على أن قسمة المثليات لا تقبل التقايل ، لغلبة معنى الافراز ، وقسمة القيميات تقبله . فان خلط المقتسمون ما اقتسموه من المثلي كانت شركة جديدة ، مع أن العلائي وصاحب تنوير الأبصار على تعميم القبول[6] [وهو الذي يتفق مع أصل الحنفية من أن القسمة لا تخلو من معنى المعاوضة] .

١٦ – د – : نحو الرطب والعنب والعسل الأسود المطبوخ بالنار : نص الشافعية على أن جواز قسمتها يبنى على أن القسمة تمييز حقوق ؛ وامتناعها يبنى على أنها بيع – لدخول الربا ، بسبب الجهل بالتماثل[7] . وجزم الحنابلة بالصحة على أيةحال[8] . [وهذا يرجع إلى بحث حقيقة التماثل في معيار الشرع ؛ وهو من مباحث الربا ، ومقتضاه وقوف الصاحبين من الحنفية مع الشافعية ، والامام أبي حنيفة والمالكية مع الحنابلة . إلا أني لم أر للحنفية ما يعطي حكم العسل ؛ وربما خرج على استقراض الخبز[9]]

١٧ – هـ – : الحبوب والادهان – إذا جرينا على أن المعيار الشرعي في الادهان أيضاً هو الكيل – لا تقسم إلا كيلا ، ولا بد من التقابض قبل التفرق . هذا بناء على أن القسمه بيع ، ليتجنب الوقوع في الربا . أما بناء على أنها تمييز حقوق ، فانه تجوز قسمته وزنا ، ويجوز التفرق قبل القبض . هكذا قرره الشافعية(١٠) .

وقد نص المالكية على أنه إذا أخذ أحـد الشريكين فولا أوعدسا أو غيرهما من القطاني(١١) ، والآخر قمحا أو شعيرا ، فلا بد من التقابض قبل التفرق – وإلا فهو ربا نسيئة فيمتنع ، ولا يكون هذا من قبيل القسمة التى هي محض تمييز حقوق لتعدد الأصناف(١٢) . ومن كلام ابن قدامة في المغنى : « وتجوز قسمة المكيـلات والموزونات من المطعومات وغيرها – لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل على جواز قسمة

(١) الرشيدى على نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ .

(٢) ولعل الاليق تصويرها بما اذا كانت هناك داران احداهما مشتركة بين ثلاثة والاخرى بين اثنين منهم ، فتقاسم هذان الاثنان على ان يستقل احدهما بالدار الاخرى والآخر بحصتيهما فى الدار المشتركة مع الثالث : فان لهذا الثالث ان ياخذ بالشفعة .

(٣) بدائع الصنائع ٢٨/٧ .

(٤) ٣٥١/١١ .

(٥) الخرشي ٤٢٤/٤ ، بلغة السالك ٢٢٨/٢

(٦) رد المحتار ١٧٦/٥ .

(٧) المهذب ٣٠٦/٢ ومغنى المحتاج ٤٢٤/٤ .

(٨) المغنى ٤٨٩/١١ والانصاف ٣٤٤/١١ .

(٩) مجمع الانهر ٨٧/٢ وبلغة السالك ٢٥/٢ ، ٢٨ والمدونة الكبرى ١٧٧/٤ وتحت عنوان « في قسمة الجبنة والطعام» جاء في المدونة : « قلت : ارايت الجبنة بين الرجلين ، اتقسم بينهما أم لا قال : نعم تقسم . وان ابى احدهما ، لان هذا مما ينقسم ، وقد قال مالك في الطعام انه يقسم ، فارى هذه الجبنة بمنزلة الطعام ١٨٠/٤ .

(١٠) المهذب ٣٠٦/٢ .

(١١) في المصباح : القطنية (بكسر القاف وضمها) اسم جامع للحبوب التى تطبخ كالعدس والباقلاء واللوبياء والحمص والأرز والسمسم ، وليس القمح والشعير من القطاني .

(١٢) بلغة السالك ٢٢٨/٢ .

ما لا يختلف ، بطريق التنبيه — وسواء في ذلك الحبوب والثمار ، والنورة (١) والاشنان (٢) ، والحديد والرصاص ، ونحوها من الجامدات ، والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس(٣) والزيت والرُّب ونحوها من المائعات . وسواء قلنا أن القسمة بيع أو افراز حق لأن بيعه جائز وافرازه جائز » (٤) [ولم ينبه على الفرق الذي نبه عليه الشافعية ؛ بل في بقية كلامه ما قد يوهم — على خلاف الحقيقة — عدم اعتبار هذا الفرق] ذلك انه مضى يقول — مشيرا إلى أن فرض كلامه السابق كان في حالة اتحاد جنس المقسوم —: « فان كان فيها أنواع كحنطة وشعير ، وتمر وزبيب ، فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر الممتنع ؛ وان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع لأن هذا بيع نوع بنوع آخر ، فليس بقسمة ، فلم يجبر عليه كغير الشريك — فان تراضيا عليه جاز ، وكان بيعا يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه ، وسائر شروط البيع »(٤) ولا شك أن مراده أن شرائط البيع تراعى أيضا في حالة قسمة الجنس الواحد — بناء على أنها بيع . وإلى ذلك أشار شارح المنتهى إذ يقول : « مع أنه لا يصح بيع شيء منها » عقيب قول متنه : « و (يصح) قسم مكيل وزنا وعكسه ، وان لم يقبض بالمجلس »(٥) بل هو مصرح به في الانصاف(٦) . وبسبب ملاحظة معنى المعاوضة منع الحنفية قسمة المثليات جزافا(٧) ومنعوا التفاضل فيها : فاذا كان هناك ثلاثة أرادب من القمح بين اثنين ، وإردب منها جيد تساوي قيمته قيمة الاردبين الآخرين فأرادا أن يقتسماها بالقيمة على هذا النحو لم يجز — إلا باعمال الحيلة(٨) .

١٨ — و — الثمار المشتركة — ولما تزل على أشجارها — لا تقسم خرصا بناء على أن القسمة بيع ، لمكان جهل التماثل . أما بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ، فلا مانع من قسمتها بطريق الخرص ، ان كانت ثمار نخل أو كرم ؛ لأن هذه ، دون غيرها ، هي التي تقبل الخرص لمعرفة حق الفقراء في الزكاة ؛ فيقاس ماهنا على ماهناك . هكذا نص الشافعية(٩) . ووافقهم الحنابلة ، إلا أنهم يعممون في جواز الخرص ، ولا يقصرونه على ثمار النخل والكرم ؛ على أن منهم من يطلق منع القسمة بطريق الخرص(١٠) ، [وهو الذي يتمشى مع أصول الحنفية .]

[وكان عجيبا أن يطلق ابن القاسم في موضع من المدونة صحة القسمة خرصا في ثمار النخل والكرم إذا بدا صلاحها — مع تصريحه بأن القسمة بيع عند مالك(١١) ، وينظره بقسمة الحب بعد حصاده كيلا ، قائلا لسحنون — لما بدا كالمستنكر : « ألا ترى أن الزرع إذا حصد وصار حبا قسماه بينهما بالكيل ؟ فالخرص في ثمرة النخل بمنزلة الكيل ؛ لأن الزرع ليس فيه خرص ؛ والنخل فيها الخرص ، فاذا طاب قسم بينهما بالخرص(١٢) ؛ ولا يقيدها في موضع آخر إلا باختلاف حاجة الشركاء ، كأن يريد واحد الأكل ، أو البيع ، أو ترك الثمار لتصير تمرا أو زبيبا ، ويريد الآخر خلاف ذلك ،(١٣) وأخذه

---

(١) النورة : فسرها في المصباح بحجر الكلس ، قال ثم غلبت على اخلاط تضاف الى الكلس من زرنيخ وغيره ، وتستعمل لازالة الشعر .

(٢) في المصباح : الاشنان بضم الهمزة ، والكسر لغة ، معرب ويقال له بالعربية : الحرض بضمتين .

(٣) في المصباح : الدبس بالكسر عصارة الرطب .

(٤) ١١/٤٨٩ .

(٥) مطالب أولى النهى ٦/٥٥٦ .

(٦) ١١/٣٤٩ .

(٧) بدائع الصنائع ٧/١٧ .

(٨) بدائع الصنائع ٧/١٨ .

(٩) المهذب ٢/٣٠٦ .

(١٠) قواعد ابن رجب ٤١٣ .

(١١) المدونة ١٤/١٨٣ .

(١٢) ١٤/١٨٢ .

(١٣) ١٤/١٧٥ ، ١٧٨ .

المتأخرون فحرروه ، وزادوا فيه شرائط حتى بلغت ستا[١] . ولكن الدردير — نظرا إلى معنى البيع — رد الأمر إلى نصابه ، حين عقب على منعهم قسمة الزرع والثمر من أي نوع — وحده أو مع أصله — قبل بدو الصلاح خرصا بلا شرط قطع : قائلا : « وأولى ان بدا صلاحها لأنه ربوى ، والشك في التماثل كتحقق التفاضل — فلا يقسم إلا كيلا أو وزنا ، أو يباع فيقسم ثمنه . . . فما ذكرناه هنا هو المعول عليه »[٢] . أي فلا يصح قسمه بعد بدو صلاحه ولو بشرط قطعه .

١٩ — ز — الأرض المزروعة قطنا أو حبوبا أو ما شاكل ذلك من المزروعات الموقوتة :

قد تقسم وحدها دون زرعها ، وقد يقسم الزرع دونها ، وقد يقسمان معا . فالاحتمالات ثلاثة . ولكن من حيث الحكم يمكن ادماج الاحتمالين الأخيرين معا ؛ فلا يبقى إلا انفراد الأرض بالقسمة وعدم انفرادها :

٢٠ — ففي الحالة الأولى : أعني إذا قسمت الأرض وحدها دون الزرع الذي فيها : فذلك سائغ باطلاق ، كما لو كانت أرضا خالية سواء كان الزرع بذرا لم ينبت بعد ، أم نبت ولما يشتد حبه ان كان ذا حب (ويسمى حينئذ قصيلا[٣]) ، أم اشتد حبه بالفعل ؛ وسواء أكانت القسمة بيعا أم محض تمييز حقوق ، لأن الزرع حينئذ كالمتاع في الدار لا تجب قسمته معها ، ولا يمنع من هذه القسمة ، ويبقى على حاله من الشركة فيه كما لو بيعت الأرض لأجنبي .

وليس في هذا خلاف . إلا أن المالكية منعوا قسمة الأرض المزروعة وحدها قبل بروز زرعها[٤] [لعله لأنهم يدخلونه في القسمة ، كما يدخلونه في بيع الأرض تبعا[٥] وهو مجهول ؛ ولا تصح قسمة مجهول : بيعا كانت القسمة أم تمييز حقوق) . ثم وجدتهم عللوه بهذا أو ما ينحو نحوه[٦] .

٢١ — أما في الحالة الثانية : - أعني إذا قسمت مع الزرع الذي فيها ، أو قسم الزرع وحده - : فهنا احتمالان :

٢٢ — الاحتمال الأول : أن يكون الزرع قد نبت وظهر إلا أنه لم يزل قصيلا أو كان مما لا ربا في ثمرته[٧] . وهنا لا يكون ثم مانع من القسمة أيضا ، سواء أكانت القسمة من قبيل البيع ، أم من قبيل محض تمييز الحقوق . إلا أنه نظرا إلى أن الزرع لا يمكن تعديله فان صحة القسمة تتوقف على تراضي الشركاء إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه .

بيانه : أن الزرع لا يكون سواء عادة ، بل يكون الجيد منه والرديء ، ولا تستقيم قسمته إلا إذا جعل الكثير من الرديء ، في مقابلة القليل من الجيد — وهذا يستلزم أن ينتفع صاحب الكثير بأكثر من حقه في الأرض نفسها ، لأن الزرع يجب أن يبقى فيها إلى حصاده . فاذا سخت بذلك أنفس سائر الشركاء فليس ثمة مانع ما من صحة القسمة ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ؛ ولأن المقسوم معلوم بالمشاهدة — واحتمال التفاضل فيه ، بل تحققه ، ليس من قبيل المحظور ، إذ هو ليس بربوى ، كما فرضناه . هكذا قرره الحنابلة في معتمدهم ؛ ووافقهم الشافعية في غير قسمة الزرع وحده ، إذ هي عندهم قسمة مجهول ، فتبطل بكل حال[٨] .

أما الحنفية مطلقا والمالكية ، على قول البيع عندهم ، فلا يقرون ما قاله الحنابلة إلا بشرط الجذاذ العاجل ، أي قطع الزرع — وان كان هذا ضررا فقد رضياه . أما بشرط الابقاء ،

(١) الخرشي ٤/٤٠٨ .
(٢) بلغة السالك ٢/٢٤١ — ٢٤٢ .
(٣) القصيل في الأصل هو الشعير يجز اخضر — لعلف الدواب — قبل انعقاد حبه ، كما في المصباح وغيره .
(٤) الزهو في ٦/٣٠٧ .
(٥) بلغة السالك ٢/٨١ .

(٦) بلغة السالك ٢/٢٤١ .
(٧) كالقطن عند غير الحنفية والحنابلة ، بل وعند هؤلاء كما نبه عليه الحنابلة — اذا لم تكن ثمرته قد اندرجت في عداد الموزونات (مجمع الانهر ٢/٨٧ ودليل الطالب ١٠٥ ومطالب اولى النهى ٦/٥٥٤ .
(٨) المهذب ٢/٣٠٨ ومغني المحتاج ٤/٤٢٤ ومطالب أولى النهى ٦/٥٥٤ والفروع ٣/٨٤٩ .

فمعناه شرط انتفاع كل شريك بملك شريكه — وهو شرط لو وقع في البيع لأفسده ، فكذلك القسمة ، لأنها في معنى البيع . ويصرح المالكية بأن السكوت عن الشرط بمثابة شرط الابقاء[١]، ونص في المدونة على أن الشريكين إذا اقتسما هذا الزرع على أن يحصداه ، فحصد أحدهما ، وترك الآخر نصيبه حتى صار حبا ، تنتقض القسمة ، ويكون ما لم يحصد وقيمة ما حصد بينهما ؛ كما أنهما لو تركا الزرع جميعا حتى استحصد فلا قسمة : والزرع بينهما يقتسمانه كيلا[٢].

وهو خلاف — كما ترى — ناظر إلى الخلاف المتعلق بحق بائع الأرض المزروعة وحدها في ابقاء زرعها إلى حين حصاده . ولا شيء فيه على أصل الحنفية من أن كل قسمة لا تخلو من معنى المعاوضة . وكان على المالكية أن يرددوا بين هذا ، وبين الصحة بناء على قولهم الآخر بأن القسمة محض تمييز حقوق .

٢٣ — والاحتمال الثاني : أن يكون الزرع في مرحلة مبكرة ، لم يظهر بعد على سطح أرضه ، أو في مرحلة متأخرة لكنه ربوى الثمرة — كالقمح والشعير والأرز — وقد بدا صلاحها واشتد حبها : وحينئذ لا تسوغ القسمة بحال عند الشافعية سواء أكانت بيعا أم محض تمييز حقوق .

فقد علمنا اطلاق الشافعية القول ببطلان قسمة الزرع وحده ، مهما كانت حالته . وهم في هذا الشق من قسمة الأرض معه يطلقون القول أيضا ببطلان القسمة ، سواء كانت بيعا أم مجرد تمييز حقوق ؛ لأنها على كل حال قسمة مجهول — وهو الزرع — ومعلوم — وهو الأرض : وهذا لا يصح — لا بيعا ، ولا تمييز حقوق . وتزيد حالة اشتداد الحب بأن فيها علة أخرى لمنع القسمة — بناء على أنها بيع — أعني بيع طعام وأرض ، بطعام وأرض : وهو من قاعدة الحظر المشهورة بقاعدة مد عجوة ودرهم[٣] وخلاف الحنفية فيها مشهور معروف .

والحنابلة يوافقون هنا على اطلاق القول ببطلان قسمة الزرع وحده — كما يوافقون في معتمدهم على بطلان قسمته مع الأرض ، بناء على أنها بيع[٤]، أما بناء على أنها محض تمييز حقوق فتصح ، لأن الزرع كالشجر في الأرض (وهذه خلافية أخرى) . ولكن ابن قدامة في المغني بعد ما قرر هذا ، يقول إنه يمكن — بناء على أن القسمة بيع — أن يقال أن البذر والزرع يتبعان الأرض ، فليسا بمقصودين ذاتا ، ولذا لا تضر جهالتهما ، كأساسات الحيطان[٥].

وقد جزم ابن القاسم في موضع من المدونة بأن الأرض لا تقسم مع الزرع ، ولكن تقسم الأرض وحدها ، ويقر الزرع على حاله إلى أن يحل بيعه : فيقسم كيلا أو يباع ويقسم ثمنه[٦] وعلله — بشيء من التسامح — في موضع آخر بأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام[٧] وأقروه[٨] . وقد نقلنا آنفا[٩] نصهم الشامل المحرر في منع ذلك وفي منع قسمة الزرع وحده — على ما فيه من تجاهل قولهم الآخر بأن القسمة محض تمييز حقوق .

أما الحنفية فيلتزمون هنا أصلهم ، وينصون على امتناع قسمة الزرع الذي أخرج سنابله وحده أيضا ؛ لأن قسمته بطريق المجازفة ، ولا تجوز المجازفة في المعاوضة على الأموال الربوية ولو

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٠ والمدونة ١٤/١٧٥ وبلغة السالك ٢/٢٤٧
(٢) ١٤/١٧٥ .

(٣) المهذب ٢/٣٠٨ ومغني المحتاج ٤/٤٢٤ وقاعدة مدعجوة تعني بيع ربوى — معه غيره — بجنسه ، كمد عجوة ودرهم بمدى عجوة — لان اشتمال احد طرفي العقد على مالين مختلفين يقتضي توزيع مافي الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة ، وذلك يؤدي هنا الى التفاضل او عدم تحقق التماثل (الشرقاوي على التحرير ٢/٣٥ ومابعدها) .
(٤) مطالب اولي النهى ٦/٥٥٤ .
(٥) المغني ١١/٥٠٠ — ٥٠١ .
(٦) ١٤/ ١٧٢ .
(٧) ١٤/١٩٧ .
(٨) الرهوني ٦/٢٠٧ .
(٩) ر : ف / ١٨ .

تراضي أطراف العقد ؛ لأن المانع هو الربا ، والتراضي به لا يحله[1].

٢٤ – ح – إذا كان نصف الأرض وقفا ، فأراد مستحقوه أن يقاسموا صاحب النصف الآخر الذي هو طلق (أي ليس بوقف) ، فليس لهم ذلك ، بناء على أن القسمة بيع ؛ لأن الوقف لا يباع – وأولى إذا كان النصف الآخر موقوفا أيضا ، سواء اتحدت الجهة الموقوف عليها أم اختلفت . أما بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ، فقد يقال لا مانع منها حينئذ ما لم يترتب عليها بيع جزء من الوقف بمقتضى قسمة الرد على مستحقيه . وهذا هو الذي اعتمده الحنابلة ؛ ووافقهم الشافعية فيما عدا الموقوف على جهة واحدة ، فانهم قطعوا فيه بعدم صحة القسمة ، لما فيها من تغيير شرط الواقف – إلا أن تكون قسمة مهايأة يختص فيها كلا الطرفين بسكنى أو زراعة جانب مثلا ، وهذا هو الذي جرى عليه ابن تيمية . لكن صاحب الترغيب من الحنابلة يرى أن تغيير شرط الواقف لازم على كل حال ، اتحدت الجهة الموقوف عليها أم اختلفت ، فلا تصح القسمة من غير فرق . إلا أنهم حكوا طريقة صاحب الترغيب هذه في قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم ، لا في قسمة الموقوف بمعنى تمييزه عن غير الموقوف . [ولعل الحكم عنده سواء في الحالين ، بمقتضى علته ، وان كان النقل قاصرا ، وإلا فهو التحكم[2]] والحنفية جميعا يصرحون بامتناع قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم لأن القسمة عندهم لا تخلو من معنى المعاوضة[3] وأصلهم يقتضي اطلاق المنع).

٢٤م – ط – ويقـول المالكية يجوز في قسمة التراضي – لا في قسمة القرعة ، إذ لا تكون في صنفين – أن يأخذ أحد الشريكين عرضا حاضرا ، كبعض الثياب والآخر دينا على حاضر مقر[4] ؛ كما يجوز أن يقتسما الدين الواحد تراضيا ، لا المدينين : بأن يستقل كل واحد منهما بدين على مدين أو أكثر ؛ لأن في اقتسام المدينين بيع دين بدين . هكذا قالوا ؛ مع أن اقتسام الدين الواحد كذلك ، إلا أنه أقل غررا ؛ وبهذا اعتذارهم . وهذا هو قول ابن القاسم في المدونة « قال مالك يقسم ما كان على كل رجل منهم ، ولا يقسم الرجال ، لأن هذا يصير ذمة بذمة »[5].

وأصول الشافعية – خلافا للحنفية – تقتضي صحة الصورة الأولى (عرض في مقابلة دين) ، حتى على القول بأن القسمة بيع . وهم في غيرها يطلقون المنع ، سواء قسم كل دين على حدة أم لا ، وسواء كانت القسمة بيعا أم محض تمييز حقوق . وعبارة الخطيب في مغني المحتاج : « ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذمم ؛ لأنها إما بيع دين بدين ، أو افراز ما في الذمة ، وكلاهما ممتنع . وانما امتنع افراز ما في الذمة لعدم قبضه – وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما ، وما في ذمة عمرو للآخر ، لم يختص أحد منهما بما قبضه[6]. وهذا هو نص مذهب الحنفية[7].

[أما أصول الحنابلة فتقتضي بطلان الصورة الأولى – إلا على القول الضعيف عندهم من صحة بيع الدين من غير من هو عليه] . ومع ذلك فالمنقول عن أحمد صحتها مع الكراهة في خصوص الميراث[8]. أما في قسمة الدين فقد كاد القاضي وابن عقيل يعكسان على المالكية قولهم ، إذ جزما ببطلان قسمة الدين الواحد ، وحملا الروايتين عندهم – البطلان ، بناء على أن القسمة بيع ؛

(١) بدائع الصنائع ٧/١٨ ، ٢٠ .
(٢) نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ وقواعد ابن رجب ٤١٣ ومطالب اولي النهى ٦/٥٥٧ والانصاف ١١/٣٤١ ، ٣٤٨ .
(٣) رد المحتار ٥/١٧٦ .

(٤) اى مع استيفاء سائر شرائط بيع الدين عندهم .
(٥) المدونة ١٤/١٨٣ والخرشي ٤/٤٠٤ وبلغة السالك ٢/٢٣٨ .
(٦) ٤/٤٢٦ .
(٧) المجلة العدلية مادة ١١٢٣ .
(٨) قواعد ابن رجب ٤١٦ ومطالب اولي النهى ٣/٢٣٠ .

والصحة ، بناء على أنها محض تمييز حقوق ـ على ما إذا كان الدين في أكثر من ذمة . إلا أن الحنابلة لا يعتمدون مسلكهما ، رغم جلالتهما ، ويرون الروايتين مطلقتين ، لا فرق بين الدين الواحد والمتعدد . ولذا وقع في كلام القاضي نفسه انه إذا قبض أحد الشريكين شيئا من الدين ، باذن شريكه ، اختص به[1]. وظاهر من هذا أنهم يرجحون القول بصحة قسمة الدين باطلاق . بل يميل ابن تيمية إلى أن قسمة الدين تقبل الاجبار ، ولو تعدد المدينون ـ ما داموا متقاربين في الملاءة ـ لأن الذمم ، فيما أصل الحنابلة ، تتكافأ ـ ولذا يجبرون على قبول الحوالة على المليء[2].

٢٥ ـ ك ـ الجماعة يشتركون في أضحية أو هدي أو عقيقة ـ كبعير أو بقرة ؛ وقد يكون واحد فحسب هو الذي يبغي القربة ؛ وغيره يريد الأكل أو البيع : هل لهم أن يقتسموا لحمها ؟ أما على أن القسمة بيع فلا ، وأما على أنها محض تمييز حقوق فنعم . والذي رجحه الشافعية صحة القسمة[3] وعكس الترجيح ابن رجب الحنبلي في قواعده[4] لكن عقب عليه صاحب الانصاف قائلا : « قلت : لو قيل بالجواز ، على القولين ، لكان أولى ؛ والذي يظهر أنه مرادهم »[5]. ولذا جزم به في غاية المنتهى قائلا : « فيصح قسم لحم هدى ولحم أضاح »[6] [وهو لا يتفق ما مع شرطوه لصحة بيع اللحم باللحم من نزع عظمه[7].

والتصحيح أشبه بمذهبي الحنفية والمالكية الذين يجيزون بيع اللحم بمثله إذا تساوى وزنهما ، ولا يأبهون بوجود العظم[8] لأنه بمثابة النوى في التمر[9].]

(١) قواعد ابن رجب ٤١٥ .
(٢) قواعد ابن رجب ٤١٥ .
(٣) نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ والباجوري على ابن القاسم ٣٠٦/٢
(٤) ٤١٤
(٥) ٣٥١/١١ .
(٦) مطالب اولى النهى ٥٥٦/٦ .
(٧) دليل الطالب ١٠٦ .
(٨) مجمع الانهر ٨٧/٢ و ٨٨ .
(٩) بلغة السالك ٢٦/٢ .

٢٦ ـ ل ـ : نظرا لغلبة معنى تمييز الحقوق ـ عند الحنفية ـ في قسمة المثليات التي هي من نوع واحد ـ كما مثلوه بالثياب المروية[10] نجدهم يقررون أنه لا يشترط فيها حضور الشريك ولا رضاه . بخلاف قسم القيميات ـ فانها نظرا إلى فحش التفاوت فيها ، واختلاف المقاصد ، وتعذر المساواة ، لا تصح إلا بالتراضي عليها ؛ لئلا يفوت من حق أحد الشركاء شيء دون رضاه؛ فاذا تراضوا فقد أسقط كل واحد منهم حقه فيما عساه يكون قد بقي له لدى صاحبه ، والحق لهم لا يعدوهم ، فلا مانع من صحة القسمة حينئذ . هذا هو الأصل . وسيجيء ـ في الفقرة التالية ـ الاستثناء الذي أدخل عليه .

إلا أن قسمة المثليات على الاستبداد ، دون رضا الشريك كقسمتها بالتراضي حال غيبة الشريك ، انما تصح موقوفة على قبض الشريك الآخر نصيبه . فاذا تلف هذا النصيب قبل قبضه فلا قسمة ، والتالف والباقي كلاهما مال الشركة لا يختص شريك فيه بغنم أو غرم ؛

وهو قول الخانية : « مكيل أو موزون بين حاضر وغائب ، أو بالغ وصغير : فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه ، نفذت القسمة ، ان سلم حظ الآخر ، وإلا فلا » . ومثلوه بصاحب الأرض (الدهقان) وزارعها (الأكار) إذا أذن الأول للثاني في قسمة صبرة من غلتها ، فقسم ، وحمل أحد النصيبين إلى بيت صاحبه ، فلما عاد إلى الآخر وجده قد تلف . قال في البزازية : « الغلة كلها في يد الزارع . ولذا ، فان كان التالف هو نصيبه فقد تلف عليه هو ، لأنه اذن قد تلف بعد قبضه ، وان كان نصيب صاحب الأرض ، فقد تلف قبل قبضه ، ومن ثم تنقض القسمة ، ويرجع على الأكار بنصف ما قبضه » ثم نقل عن الحاكم عبد الرحمن عكس هذا : إذ جعل التالف عليهما ان كان نصيب الأكار ،

(١٠) بدائع الصنائع ٢١/٧ .

وعلى المالك وحده ان كان نصيب المالك . وعلى ما قاله الحاكم اقتصر في الخانية قائلا في عزوه : « كذا قال بعض الشيوخ » . واعتبر ابن عابدين في رد المحتار أن هذه اشارة إلى تضعيفه ، لأنه لا يتفق مع تأصيل المسألة ، كما هو واضح[١] . وحاول الأتاسي في شرح المجلة أن يوفق فلم يوفق . فانظره ان شئت[٢] .

والحنابلة في قول أبي الخطاب يوافقون الحنفية . بل هو عندهم أقيس لأنهم يرجحون أن القسمة في المثليات محض تمييز حقوق . ولذا فهم لا يوقفون صحة القسمة على سلامة نصيب الآخر حتى يقبضه[٣] . ولكن القاضي من الحنابلة يأبى من صحة القسمة هكذا على الاستبداد ويشترط اذن القاضي — لأن القسمة فيها النزاع المعروف : أهي بيع أم محض تمييز حقوق ؟ واذن الحاكم يرفع الخلاف[٤] . وهذا هو مذهب المدونة عند المالكية ، لا يستثنون شيئا من شيء ؛ بل ينصون على أن الحاكم حينئذ نائب الغائب في القسمة ، وان الشريك إذا استقل بها فلا جواز لها .

وقد سأل سحنون ابن القاسم عما يصنع بنصيب الغائب ، فأجاب : بأنه موضع نظر الحاكم واجتهاده ؛ وليس للشريك أن ينفرد فيه برأي نافذ — كأن يقول استبقيه عندي إلى أن يقدم من غيبته . وقاسه على قول مالك في الوصي ينظر المدين بالدين الموروث ، وفي الورثة كبار ، أنه لا نفاذ له عليهم »[٥] .

والشافعية يوافقون المالكية أيضا ، وينصون على [ما هو بمذهب المالكية أشبه من] أن للغائب أن يقر القسمة التي وقعت في غيبته ، فتصح لكن من حين اقراره — فكل تصرف من أحد الشركاء قبل هذا الاقرار فهو باطل . إلا أن تكون الغيبة فراراً من القسمة ، وتأبيا منها ، أو يكون قد بان من صاحبه مثل هذا اللدد خلالها — فحينئذ يكون له الاستقلال بقسمة المتماثل ، كما لو أباها الآخر الحاضر[٦] .

٢٧ — م — : مقتضى غلبة معنى المبادلة في قسمة القيميات عند الحنفية أن لا تقبل الاجبار عليها . لكنهم استثنوا حالة اتحاد الجنس ، أي النوع ، أو كما يقولون حالة اتحاد الاسم والمعنى[٧] كما في البقر أو الغنم فان القسمة تقبل الاجبار حينئذ . فاذا طلبها أحد الشريكين وأبى الآخر أجبر عليها ؛ لأن المبادلة قد يجبر عليها إذا تعلق بها حق الغير ، كما في الشفعة ، وكما في بيع مال المديون عليه وفاء بدينه عند غير الامام أبي حنيفة . على أن مسافة الخلف بين المثلي والقيمي تضيق في حالتنا هذه إلى حد بعيد ، لتقارب العوض والمعوض فيها ، باعتبار المقاصد المعتادة ، حتى لتكاد تلتحق قسمة القيميات حينئذ بقسمة المثليات ، في بروز معنى تمييز الحقوق واضمحلال معنى المعاوضة . بحيث يمكن بشيء من التجاوز اعتبار المأخوذ هنا كأنه عين الحق (٨) [والذي يبدو من سياق صاحب الهداية انما هو التعويل على التعليل الأخير ، والنظر إلى الأول باعتباره بيانا لانتفاء المانع حكما — وإلا فتعلق حق الغير — وهو الطالب الذي يريد الاختصاص بملكه — قائم في كل قسمة ؛ فلو كان علة مستقلة لتبعه الأجبار حيثما كان وإذن فقاضي زاده في نتائج الأفكار لم يأتنا بجديد ، حين آثر التعليل هنا بامكان المعادلة — كما هو قضية تعليل صاحب الهداية « عدم الاجبار عند اختلاف الجنس » بتعذر المعادلة ، لفحش التفاوت (٩).

(١) ٥/١٦٧ .
(٢) ٤/٥٤ .
(٣) مثله للشافعية ، لكن قيدوه بحالتي امتناع الشريك من القسمة او غيبته (نهاية المحتاج ٨/٢٦٩) .
(٤) قواعد ابن رجب ٣٢ .
(٥) ١٤/١٨٦ .

(٦) نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ .
(٧) الاتاسي على المجلة ٤/٥١ .
(٨) فتح القدير ٨/٣٤٩ .
(٩) نتائج الافكار تكمله فتح القدير ٨/٣٥٠ .

وقد لاحظ الامام أبو حنيفة فحش التفاوت هذا في جانب رقيق غير المغنم من قبل المعاني الباطنة : كالذكاء والغباء ، والكياسة والحماقة ، والعلم والجهل ، والتقوى والفجور ، والقوة والضعف ، والطاعة والعصيان — إلى آخر ما لا ينتهي من فضائل النفوس ورذائلها . ومن ثم منع الاجبار على قسمته رغم اتحاد الجنس . ولكنه تجاوز عن ملاحظة هذه في رقيق المغنم ، نظرا إلى أن حقوق الغانمين ليست كسائر حقوق الشركاء ؛ إذ تتعلق بمالية المال المشترك ، لا بعينه ولذا يجوز للامام أن يبيع الغنيمة ، ولا يقسم إلا ثمنها [١]. ويجيء تمامه في موضعه[٢] .

٢٨ — ن — : بناء على غلبة معنى المعاوضة في القيميات ، وغلبة تمييز الحقوق في المثليات عند الحنفية ، يختلف لديهم حكم بيع الشريك نصيبه مرابحة :

ذلك أن الشريكين لو اشتريا على سواء قيميا كدار أو حقل ، ثم اقتسماه ، لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف ثمن الدار أو الحقل . ولو اشتريا مثليا كعشرة أرادب من القمح أو الفول ، واقتسماه ، فانه يكون واسعا لمن شاء منهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن[٣] .

[وقد يلوح في توجيهه — كما يشير صاحب الهداية — انه : بناء على المعاوضة ، لا يتعين أن يكون ثمن نصيبه هو نصف ثمن المجموع ، لأنه في القسمة قد يكون غابنا أو مغبونا ، بخلافه في المثليات المقسومة افرازا ؛ إذ لاغابن ثم ولا مغبون — لأن القسمة بمعيار ضابط] .

ولأمر ما لم تكن هذه هي العلة عند صاحب البدائع . وانما هي أن المرابحة لا تجوز إلا حيث يقبل الثمن الأول الزيادة ؛ فان لم يقبل ، فانه يتجاوز إلى أول ثمن يقبلها بعده : فلو فرضنا — تفريعاً على هذا الأصل — أن الثمن الكلي في الحالين كان مائة دينار ، فان ثمن نصيب كل من الشريكين يكون خمسين دينارا — وهذا هو الثمن الثاني الذي قام به النصيب كاملا . أما الثمن الأول فهو ما تركه لشريكه لقاء ما أخذه — وهذا في جانب القمح والفول ، لا يقبل الزيادة ، للزوم الربا ، فيتجاوز إلى الثمن الثاني ، وهو الخمسون ، وتصح المرابحة به . أما في جانب الدار والحقل ، فان الثمن الأول يقبل الزيادة ، لأنهما ليسا بربويين ، فلا يتجاوز إلى الثمن الثاني وهو الخمسون ، ومن ثم لا تصح المرابحة به[٤].

(١) رد المحتار ٥/٦٧ — ٦٨ .
(٢) ر :ف ٨٣/ — ٨٦ .
(٣) فتح القدير ٨/٢٤٨ — ٢٤٩ .

الفرع الثاني
المشروعيـــة وحكمتهـــا

وفيه مطلبان :

المطلب الأول
مشروعيتهـــا

يدل لهذه المشروعية الكتاب والسنة والاجماع :

٢٩ — أما الكتاب : ففي كثير من الآي : من مثل : « واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربـى واليتـامى والمساكين وابن السبيل »[٥] ، « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، مما قل منه أوكثر نصيبا مفروضا »[٦] ، « وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم »[٧] « وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منـه ، وقولوا لهم قولا معروفا » (٨) . ويقول ابن حزم في هذه الآية الأخيرة أنها عموم في كل قسمة ؛ وليس لأحد أن يخصها بميراث(٩)برأيه . وربما

(٤) بدائع الصنائع ٧/١٨ .
(٥) ٤١ سورة الأنفـال .
(٦) ٦ سورة النسـاء .
(٧) ٢٤ سورة المعـارج .
(٨) ٧ سورة النسـاء .
(٩) المحلى ٨/١٣٨ .

أضيف – على اعتبار أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه – قوله عز اسمه : « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر »[١] ، « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم »[٢].

٣٠ – وأما السنة : فقوله صلوات الله عليه وفعله وتقريره :

أ – فمن قوله :

١ – « إذا قسمت الدار وحدت ، فلا شفعة فيها » وهو من حديث أبي هريرة عند أبي داود وغيره ، ورجال أسناده ثقات . وفي معناه حديث جابر عند البخاري : « قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم . فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة »[٣].

٢ – « ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » وهو عند الأربعة إلا النسائي من حديث أبي أمامة . واسناده قوي[٤].

٣ – أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ، وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام »[٥] .

ب – ومن فعله . « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم بين المسلمين » وهو حديث متفق عليه ، من أحاديث جابر وابن مسعود وغيرهما[٦] . كما كان يقسم المواريث والزكوات بين مستحقيها . ولا يخلو قسمه بين زوجاته في المبيت من التنبيه على قسمة سائر الحقوق – حتى المالية منها .

١ – ففي الصحيح عن أنس : « لما قسم النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين – إلى آخر الحديث الطويل في قصة عتب الأنصار[٧] .

٢ – وعند أبي داود من حديث سهل بن أبي حثمة : « قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين : نصفا لنوائبه وحاجاته ، ونصفا بين المسلمين – قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما » . قال صاحب التنقيح اسناده حسن[٨].

٣ – وعند البخاري عن أبي موسى : انه سئل عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنت النصف ، وللأخت النصف ؛ وائت ابن مسعود . فسئل ، فقال : لقد ضللت ؛ أقضي فيها بما قضى النبي صل الله عليه وسلم : للابنة النصف ، ولبنت الابن السدس – تكملة الثلثين وما ، بقي فللأخت »[٩].

٤ – وعند أبي داود من حديث الصدائي : « أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات ، حتى حكم فيها هو ، فجزأها ثمانية أجزاء – فان كنت من تلك الأجزاء أعطيتك[١٠] .

---

(١) ٢٨ سورة القمر .
(٢) ١٥٥ سورة الشعراء .
(٣) نيل الأوطار ٥/٣٣١ .
(٤) الدراية في تخريج احاديث الهداية ٢/٢٩٠ .
(٥) هذا الحديث ذكره ابن رشد في بداية المجتهد ٢/٢٦٥ وهو من احاديث الموطا (نيل الأوطار ٥/٣١٧) ولاتعرف درجة ثبوته ، وخير منه الحديث المشهور« اناعطى كل ذي حق حقه » نيل الأوطار ٦/٣٩ فانه امر بالقسمة اذا طلبها ذوحق ، والأمر باصل وضعه للوجوب، فهذه مشروعية وزيادة
(٦) تلخيص الحبير ٢/١٩٧ .
(٧) عند احمد والبخاري (نيل الأوطار ٧/٢٩٠) .
(٨) الدراية في تخريج احاديث الهداية ٢/١١٩ وتحفة الفقهاء ٣/٢٨٠ .
(٩) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/٢٠٤ .
(١٠) بداية المجتهد ١/٢٧٥ وهو عند ابن داود ، وفي اسناده عبد الرحمن بن زياد الافريقي، متكلم فيه (نيل الأوطار ٤/١٩٢ ط . مصطفى الحلبي) .

٥ – وعند الشيخين من حديث عائشة : « ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة . فلما كبرت قالت قد جعلت يومي منك يا رسول الله لعائشة . فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين : يومها ويوم سودة»[1].

وفي مراسيل حماد بن زيد عند الترمذي وغيره – وبعضهم يسنده من حديث عائشة – « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعدل في القسم بين نسائه ، ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما املك ، فلا تلمني فيما لا املك – يعني القلب »[2]وقد وقع لأبي داود بصيغة الاطلاق هكذا : « كان رسول الله يقسم فيعدل فيقول . .الخ وعلق عليه ابن حزم قائلا : « انه عموم في كل قسمة »[3] .

ح – وأما تقريره : فلا شك أن قسمة المواريث وغيرها كانت تقع على عهده صلوات الله عليه فيسدد ولا ينكر .

ومن ذلك اقتسام أجر الرقية في حديث الجماعة إلا النسائي . ولفظ البخاري عن أبي سعيد : « انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها ، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم . فلدغ سيد ذلك الحي ، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء . فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء . فأتوهم . . . فقال بعضهم : إني والله لأرقي : ولكن ، والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا ، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا . فصالحوهم على قطيع من الغنم . فانطلق يتفل عليه ويقرأ : الحمد لله رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ؛ فانطلق يمشي وما به قلبة (بفتحتين : علة) . فاوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه . فقال بعضهم : اقتسموا . فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان ، فننظر الذي يأمرنا . فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له . فقال وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال قد أصبتم ، اقتسموا ، واضربوا لي معكم سهما . وضحك النبي صلى الله عليه وسلم »[4] .

٣١ – واما الاجماع : فقد كان الناس – وما زالوا – منذ عهد رسول الله صلوات الله عليه حتى يومنا هذا يتعاملون بالقسمة ، في المواريث وفي غير المواريث ، دون نكير من أحد . قال صاحب البدائع : « فكانت شرعيتها متوارثة »[5].

المطلب الثاني

حكمة المشروعية

٣٢ – [لو خلت الشركة من كل عيب وعوار لكان مجرد الاستقلال بالتصرف في الملك دون حسيب أو رقيب – بطريق القسمة – هو في ذاته مطلبا جديرا بأن يستهوى النفوس ، وتتعلق به الرغبات ، وتدعو إليه حاجة الانسان – بما هو انسان محب للحرية بطبعه – ولو عاد بشيء من الغرم والخسار . كيف ومساوي الشركة ، ومفاسد تعدد الشركاء ، واصطراع طبائعهم وميولهم واطماعهم ، وضيق الناس بذلك كله مما يجري مجرى الامثال .

أليس الانتفاع الصالح بالمال المشترك في أمس الحاجة إلى اتخاذ وسائل حفظه وصيانته ذاتا ومنفعة وثمرة – دع التحسين والتعديل : أليس المال في حاجة إلى ترميمه ، ووضع الأسيجة أو

---

(١) الدراية في تخريج احاديث الهداية ٢/٦٧ .
(٢) الدراية في تخريج احاديث الهداية ٢/٦٦ .
(٣) المحلى ، ٨/١٢٨ .

(٤) نيل الأوطار ٥/٢٨٩ .
(٥) البدائع ٧/١٧ ورد المحتار ٥/١٦٦ وفتح القدير ٨/٣٤٨ ومغني المحتاج ٤/٤١٨ والمغني لابن قدامة ١١/٤٨٨

الأسوار حوله ، ومدافعة الطامعين فيه ، ومقاضاة المدعين ، وانصاف أرباب الحقوق العارضة . أليست العقارات الزراعية تتطلب التعهد وحسن الرعاية منذ بدء زراعتها إلى أوان جنيها ؛ وكذلك غير الزراعية ، مما يعد مساكن أو متاجر أو مصانع أو مدارس أو ما إلى ذلك ؛ بل وغير العقارات ، كالآلات الزراعية والصناعية وما شاكلها ، والماشية وما يجري مجراها ؛ سواء كان الشركاء هم المنتفعين بأنفسهم أم كان انتفاعهم بواسطة غيرهم . ثم من هؤلاء الوسطاء ؟ وبأية شروط تكون وساطتهم أجرا ومدة ؟ وما ينحو هذا المنحى .

[وفي كل صغيرة وكبيرة من هذا كله ، يعرض الخلف ، وتتعارض الرغبات وتتناقض الآراء ، ويشجر النزاع ، وتضيع المصالح ، ويتعطل المال أو يتلف ، أو تتخطفه الأيدي المبطلة – وربما كان هذا المبطل أحد الشركاء أنفسهم : يخون ويتلاعب ، أو يجور ويستعلن – بماله من حول وطول . فاذا الشركة خطر كبير ، وشر مستطير ، وعبء باهظ ثقيل . يود كل شريك لو يلقيه عن عاتقه في أول حفرة تصادفه في طريقه الوعر ، فيسوي حصباءها إلى الأبد ، ثم يتنفس الصعداء ، مستريح النفس ، قرير العين – واثقا أن قد عادت إليه حريته ، وانطلقت من عقالها يده ، وان كل جهد يبذله منذ اليوم فعليه وحده عائدته ؛ وكل تهاون أواهمال فهو الذي بوخيم عاقبته يصلى ، لا يشركه في شؤم مصيره أحد . وكفى بهذا واعظا ونذيرا أو هاديا وبشيرا ، لا يتوقع بعده إلا كل خير وصلاح] .

ولذا يقول فقهاؤنا : ان القسمة توفر على كل شريك مصلحته كاملة . وبعبارة أخرى ، انها لتكميل نفع الشريك[1].

(١) بدائع الصنائع ١٧/٧ ، وقواعد ابن رجب ص ١٤٤ ، ومغني المحتاج ٤١٨/٤ ، المحلى ١٣١/٨.

الفرع الثالث

تقسيمها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

تقسيمها باعتبار الحاجة إلى تقويم وعدمه

٣٣ – القسمة بهذا الاعتبار أقسام ثلاثة :

١ – قسمة افراز ٢ – قسمة تعديل
٣ – قسمة رد .

٣٤ – قسمة الافراز : انه عندما لا تكون ثم حاجة إلى تقويم المقسوم – أعني ما يراد قسمه – لعدم تفاوت الأغراض ، أو لأنه تفاوت من التفاهة بحيث لا يعتد به ، تكون القسمة قسمة افراز[2]، لأنها لاتتطلب أكثر من افراز كل نصيب على حدة بمعياره الشرعي : كيلا أو وزنا أو ذرعا أو عدا . وتسمى أيضا قسمة المتشابهات : لأنها لا تكون إلا فيما تشابهت أنصباؤه حتى لا تفاوت يذكر ؛ أو القسمة بالأجزاء : لأن نسبة الجزء الذي يأخذه كل شريك ، هي بعينه نسبة حقه – إلى المال المشترك . ذلك انما يكون في المثليات المتحدة النوع – كدنانير بلد بعينة ، وكالقمح الهندي ، والأرز الياباني ، وكالأدهان المتماثلة من شيرج أو زيت أو عطور أو ما إليها [3] – وفيما شاكلها من القيميات المتحدة النوع كذلك : كالمنسوجات الصوفية أو الحريرية أو القطنية [4]؛ وكالكتب ، والأقلام ، والساعات

(٢) الباجوري على ابن قاسم ٣٥٢/٢ .
(٣) قال الاذرعي وغيره من الشافعيـة تشترط السلامة في الحبوب والنقود ، لان الحب المعيب والنقد المغشوش معدودان من المتقومات . واستدركوا عليهم في النقد : فانه مثلي رغم غشه – اذا جازت المعاملة بالمغشوش ، كما هو الراجح (مغني المحتاج ٤٢١/٤) .
(٤) فان هذه ليست مثلية عند الشافعيـة ، وكذلك اللبن والآجر الذي افرغ في قوالب متساوية .

والأحذية ؛ وكالدار الواحدة التي في كل من جانبيها مثل ما في الآخر من الأبنية ـ تصميماً ، وأدوات بناء ، وإحكام صنعه ، وعدد حجر : مع امكان قسمة الساحة الفاصلة بين الجانبين . وبالجملة عندنا تتساوى الأنصباء صورة وقيمة[1].

وعندما تدعو الحاجة إلى تقويم المقسوم ، لأن الانصباء فيه ليست بهذه المثابة : بسبب أنه لا يمكن قسمة كل نوع منه على حدة ـ كساعة وكتاب وقلم ؛ أو شاة وبقرة وبعير ؛ أو سيارة ركوب وشاحنة وجرار زراعي وماكينة ري ـ أو يمكن أن يقسم كل نوع على حدة ـ كأرض زراعية تقليدية ، أو حدائق عنب أو برتقال ، مع دور متشابهة ـ ولكن الشركاء آثروا في القسمة أن يستقل هذا بنوع وذاك بآخر ؛ أو كان النوع الواحد متفاوت النفع والقيمة ـ ولو باعتبار مافيه مما ليس في الأصل منه كالبناء والشجر في الأرض ـ كأن كانت الدار الواحدة ، أو الدور المتعددة ، منها المقام باللبن ومنها المقام بالآجر ، أو منها المطل على على البحر والمطل على المستنقع ؛ أو كانت الأرض الزراعية منها الجيد ومنها الرديء ، ومنها حدائق الخوخ وحدائق التفاح ، ومنها القريب ومنها البعيد ـ إما من مجاري الماء ، واما من مكان السكنى . فحينئذ ان جعلت الأنصباء متعادلة باعتبار القيمة ـ بحيث لا تزيد قيمة نصيب عن حق صاحبه في المال المشترك : فهذه تسمى :

٣٥ ـ قسمة التعديل لأن الأنصباء لا تتعادل بذاتها ، وانما عدلت باعتبار القيمة . يوضحه أنه ربما كان المال المشترك بين اثنين مناصفة ، ولكن قيمة ثلثه ـ لما اختص به من مزايا ـ تساوي قيمة ثلثيه : فيجعل في القسمة الثلث المذكور سهما بحق النصف ، والثلثان سهما آخر بحق النصف الآخر ؛ كما أن الساعة قد تجعل سهما بحق النصف ، والكتاب والقلم سهما آخر بحق النصف الآخر ـ ان كانت قيمتها تساوي قيمتيهما .

أما إذا لم تعدل الأنصباء ، بل تركت متفاوتة القيمة اختيارا أو اضطراراً ، بحيث يكون على الذي يأخذ النصيب الزائد أن يرد على شريكه قيمة حقه في تلك الزيادة ـ فهذه هي:

٣٦ ـ قسمة الرد .

سميت بذلك لمكان الحاجة فيها إلى رد مال أجنبي عن مال الشركة إلى بعض الشركاء . وهي قسمة تعديل أيضا ـ ولكن يشار إليها بفصلها المميز . وإذا أطلقت قسمة التعديل فانما تنصرف إلى ما لا رد فيها . وهاك مثالين لقسمة الرد ، أحدهمايمثلها في حالة الاختيار والآخر في حالة الاضطرار :

المثال الأول: أرض مشتركةبين اثنينمناصفة، وفي أحد جانبيها بئر لريها لا تمكن قسمتها . فقد يمكن أن تقسم الأرض نصفين على سواء ، ويكون على الذي يأخذ النصف الذي فيه البئر نصف قيمتها للذي يأخذ النصف الآخر . وهذه قسمة رد .

ويمكن[2]أن تقوّم الأرض والبئر معا بألف وخمسمائة مثلا ، للبئر منها ثلثها : فيأخذ أحدهما البئر وربع الأرض ، ويأخذ الآخر الثلاثة الأرباع الباقية . وهذه قسمة تعديل لا رد فيها .

---

(١) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ، ومغني المحتاج ٤٢١/٤، ٤٢٢، والتجريد المفيد ٣٧٠/٤ وقد قالوا في قسمة ثلاثة اعبد زنجية متساوية القيمة ان قسمتها قسة تعديل لاافراز ، لاختلاف الصورة ـ رغم اتحاد النوع والقيمة الاقناع على ابى شجاع مع الشيخ عوض ٢٧٣/٢) لكنهم ذكروا معها ثلاثة اثواب كذلك ، والصورة متحدة: فكان هذا مما اشكل وجهه ـ وميل الباجورى الى انها افراز ، ولا تكون قسيمة تعديل الا اذا فرض التفاوت في القيمة : كان كان احد الاعبد الثلاثة تساوي قيمته قيمة العبدين الآخرين (الباجوري على ابن قاسم٢٥٤/٢)

(٢) هذا التخيير مصرح به في كلام الماوردي والشيرازي وغيرهما (المهذب ٣٠٨/٢ ، ونهاية المحتاج ٢٧٣/٨، ٢٧٤والباجوري على ابن قاسم ٢٥٣/٢ .

فإذا قسمت على النحو الأول فهي قسمة رد يؤثرانها اختيارا دون أن تلجىء إليها ضرورة .

ومثل البئر غيرها كشجرة أو بناء لا يقسم او منجم (معدِن) [١] كذلك .

المثال الثاني : لو فرضنا في المثال السابق أن قيمة البئر تساوي أكثر من قيمة الأرض كلها ، فحينئذ لا يكون بد من أن يرد آخذها على الآخر قيمة ما بقي له في تلك البئر بعد التعديل بالقيمة . فاذا كانت قيمة الأرض ألفا ، وقيمة البئر ألفا ومائتين ، فان نصيب كل منهما يكون ما قيمته ألف ومائة . فاذا أخذ أحدهما الأرض كلها وترك البئر ، رد عليه الآخر مائة ؛ وإذا أخذ بعض الأرض فقط رد عليه الآخر أيضا قيمة ما ترك له منها [٢].

٣٧ — وهذا التقسيم للشافعية . ويلخصونه بأن المقسوم ان تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فالافراز ، وإلا فان لم يحتج إلى رد شيء آخر فالتعديل وإلا فالرد [٣]. وقد صرح الحنابلة بمثله، وان لم يبرزوه ابراز الشافعية . ومن ذلك قول ابن مفلح في الفروع : « وتعدل السهام بالأجزاء إن تساوت ، بالقيمة ان اختلفت ، وبالرد ان اقتضته » [٤] وهي في الأصل عبارة ابن قدامة في المقنع [٥].

٣٨ — [كما أن مقررات الحنفية لا تأباه : فقد علمنا فيما سلف أنهم يغلبون معنى الافراز في المثليات المتحدة الجنس ، ويلحقون بها القيميات المتحدة الجنس أيضا — وان كان للتقويم في هذا الأخير مجال ، وتتبعه قسمة التعديل ، لأن أجزاءه قد لا تتعادل تلقائيا ، وإلى جانب ذلك هم مصرحون في مختلف الجنس بأن لا مانع من قسمته جمعا مع التعديل بالقيمة [٦] عند التراضي — سواء أقتضى ذلك التعديل ضم نقود خارجية إلى المال المشترك أم لا [٧]. والجنس الواحد كذلك عندهم حين تتفاوت قيمة أجزائه ، لبعض المزايا الحسية أو المعنوية ؛ ولذا فقد جاء في الذخيرة من قول محمد : « إذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا بعضها على بعض لفضل قيمة البناء ، فهذه القسمة ، وهذا التفضيل جائزان . وصورته : إذا كانت بين وارثين ، وهي ثلاثون ذراعا قيمة عشرة أذرع من جانب مثل قيمة عشرين ذراعا من الجانب الآخر — إما لأجل البناء أو لمعنى من المعاني — فاقتسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة ، وللآخر عشرون ، فهذه القسمة جائزة : اكتفى فيها بالمعادلة من حيث المعنى — وهو المالية — عند تعذر المعادلة من حيث الصورة بالذرعان [٨] . فهذه قسمة تعديل . وينص الكاساني في البدائع على أن البناء يدخل في القسمة — وان لم يتعرض له فيها ، ولا لقيمته ؛ لأن المجموع شيء واحد

---

(٢) المعدن :(بكسر الدال) : منبت الجواهر ، من ذهب وحديد وفضه ونحو ذلك : قيل له ذلك لان أهله يقيمون فيه صيفا وشتاء لا يبرحونه ، او لانبات الله عز وجل ذلك فيه . (محيط المحيط) .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤٢٢ ، ٤٢٣ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٣، ٢٧٤ والتجريد المفيد ٤/٣٧١ ، ٣٧٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٧٢ .

(٤) ٢/٨٥٣ .

(٥) الانصاف ١١/٣٥٦

(٦) نعم حيث لاتشاح يصح التراضى على قسمة متفاوتة الانصباء ولذا يقول صاحب تنوير الابصار : القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة (رد المحتار ٥/١٧٣) .ومثله واكثر للشافعية ، ففي نهاية المحتاج : قد يفهم مما ذكروه في حالة تساوي الأجزاء واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك امتنع ، وهو غير مراد ، بل التفاوت جائز برضا جميعهم كاملين وأن كان جزافا — كما يظهر من اطلاقهم — ولو في الربوي ، بناء على ان هذه القسمة افراز لابيع ، والربا انما يتصور في العقد دون غير . ويعلم مما تقرر انها لوكانت بيعا امتنع ذلك في الربوي ، اذ لا يجوز لاحد أخذ زائد على حقه فيه ، ولو مع الرضا (٨/٢٧٣) وكذا للمالكية . (التحفة وحواشيها ٢/٧٠)

(٧) بدائع الصنائع ٧/٢١ ، ٢٢ .

(٨) شرح المجلة للأتاسي ٤/٩٢ .

حكما ، وقسمة بعضه دون بعض لا تجوز[١] : ثم يكون على آخذه قيمة ما كان لشريكه فيه[٢] فهذه قسمة رد] .

[وقد يبدو للمتأمل ما بين تصوير محمد والتصوير الذي حكاه الكاساني من فرق في طريقة التعديل : ففي تصوير محمد جعل مقابل الزيادة – حسية كانت أم معنوية – من نفس المال المشترك ؛ بينما جعل فيما عند الكاساني من خارجه . وقد لا يكون هذا الفرق مقصودا هنا ، لأن الصورة التي فرضها محمد صورة تراض ، وللشركاء أن يتراضوا على ما شاءوا مما ليس بمحظور شرعي – كما أسلفناه آنفا[٣] ولكنه فرق متحتم عندما تكون هذه القسمة قسمة اجبار فقد سلك الكاساني – وإن لم يصرح – طريقة الامام إذ عنده تقسم الأرض بالمساحة – لأن هذا هو الأصل في الممسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود لأمر ما ، قيمة ما أخذ فوق حقه من خارج المال المشترك ، للضرورة ؛ إذ الأصل أن القسمة لا تكون فيما لا شركة فيه . بينما محمد لا يرى ضرورة للخروج عن هذا الأصل ، ما دام الرد من المال المشترك ممكنا ؛ فاذا فرضنا أن الزيادة التي أخذها لا يفي بها أصل نصيبه ، فحينئذ فحسب يوفي ما بقي من خارج ، إذ الضرورة تقدر بقدرها .

ولا يختلف رأي أبي يوسف من حيث المآل عن رأي محمد – وإن كان أبو يوسف يبدأ في القسمة بالتقويم ، وقسمة القيمة ، ثم يوفي كل شريك بجزء من المال المشترك يساوي جزء القيمة الذي يخصه – كما صورناه في الشق الثاني من الترديد ، في أول مثالي الرد عند الشافعية – ويلزمه بالضرورة أن يلجأ إلى التعديل بضم شيء من خارج المال المشترك ، إذا لم يمكن التعديل إلا بذلك . أما محمد فيبدأ بالقسمة مساحة ، ثم يوفي مقابل الزيادة من نصيب آخذها[٤] وفي البحر الرائق تفصيل في رد غير الدراهم ، فانظره .

٣٩ – ولا بد عند المالكية من التقويم[٥] في كل شيء تراد قسمته بالقرعة عقارا أو منقولا[٦] ، باستثناء شيئين اثنين على خلاف عندهم في استثنائهما :

١ – المثليات – وهي المكيلات والموزونات والمعدودات « المتفقة الصفة »[٧] . فانها تقسم كيلا أو وزنا أو عدا . والاستثناء انما هو على القول بقبولها القرعة . فان ابن عرفة في فتاويه ، تبعا للباجي ، لم يفرق بينها وبين القيميات[٨] . وعبارة ابن القاسم في المدونة : « قال مالك تقسم الأشياء كلها على القيمة ، ثم يضرب بالسهام[٩] » [وهذا قد يفيد أيضا أنها تقوم ولكنه غريب] .

٢ – العقار المتفق المباني : بأن يكون في كل من جانبيه مثل ما في الآخر عينا ومنفعة . فانه يجوز عند بهرام أن يقسم بالمساحة . وجرى الخرشي على عدم اعتماده[١٠] واعتمدوه في حواشي التحفة[١١] . [ولا معنى لافراد عقارات البناء بهذا الحكم ؛ بل يبدو أن مثلها كل قيمي متساوي الأجزاء ، وان لم يصرحوا به] .

٤٠ – فانت ترى قسمة الافراز واضحة لائحة

---

(١) في البحر الرائق : لو اقتسما على ان تكون الأرض لاحدهما والبناء للآخر ان شرطا بقاء البناء فسدت القسمة ، والا صحت ١٧٦/٨ .
(٢) البدائع ٢٧/٧ ، ٢٨ .
(٣) ص ٣٨ تعليق ١٠ .

(٤) فتح القدير ٣٦٣/٨ ، ٣٦٤ ، والبحر الرائق ١٧٤/٨ .
(٥) ويقوم مقامه التحري ، أي الخرص في قسمة الزرع قبل بدو صلاحه بشرط القطع (بلغة السالك ٢٢٣/٢) وكذا فيما يقبل التفاضل من غير المزروعات .
(٦) إذا قورنت خمس شياه بقيمة خمس عشرة تعادلا نصفين في قسمة القرعة ويجوز خلاف ذلك بالتراضي (المدونة الكبرى ١١١/١٤) .
(٧) الفواكه الدواني ٣٢٧/٢ .
(٨) الخرشي ٤٠٢/٤ .
(٩) ٢٢٦/١٤ .
(١٠) ٤٠٢/٤ .
(١١) ٦٨/٢ .

عند المالكية وموافقيهم في قسمة المثليات المتفقة الصفة[١] وفي قسمة العقار المتفق المباني .

الأول على معتمدهم ، والثاني على قول بهرام ومعتمديه ؛ وقسمة التعديل فيما عداهما[٢].

أما قسمة الرد ، فالمالكية يثبتونها على التراضي من غير قرعة ، لانطواء القرعة فيها على الغرر الكثير : إذ قد يريد أحد الشريكين أخذ الأحظ وتحمل الفرق أو عكسه ، ولكن القرعة تخرج له ما لا يشتهي . وقد أثبتها خليل في قسمة القرعة أيضا لكن في الشيء القليل ، إلا أنهم لم يعتمدوه . وفي ذلك يقول النفراوي في الفواكه الدواني : «ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنا لشريكه لزيادة في سهمه . مثال ذلك أن يكون المشترك فيه ثوبين ، وكان أحدهما يساوي دينارين ، والآخر يساوي دينارا ، واقترعا على أن من صار له الذي يساوي الدينارين يدفع نصف دينار ليحصل التعادل – فان ذلك غير جائز ؛ لما يلزم من دخول قسمة القرعة في صنفين ، وهو غير جائز في قسمة القرعة . قال خليل – بالعطف على ما لا يجوز – «أو فيه تراجع : إلا أن يقل» . والمعتمد عدم الجواز ، ولو قل ما به التراجع . ولذلك قال ابن أبي زيد «وان كان في ذلك الفعل الذي دخلا عليه تراجع لم يجز القسم بوجه من الموجوه – إلا بتراض منهما فيجوز ؛ لأن قسمة المراضاة يجوز دخولها في الجنسين» . وحينئذ فما يقع بين العوام من (الفصال) – وهو قسمة المواشي – من جعل نحو البقرة قسما ، وبنتها مع بعض دراهم قسما آخر ، ويدخلان على القرعة ، فاسد – وان استحسنه اللخمي بالشيء القليل ، ومشى عليه العلامة خليل . فقد علمت أن المعتمد – كما قال ابن عرفة المنع مطلقا .

وأما بالمراضاة بأن يقول أحدهما لصاحبه أنت بالخيار بين أخذ الصغيرة وتأخذ كذا ، أو الكبيرة وتدفع كذا – من غير قرعة – فيجوز»[٣] ومثله في التحفة وحواشيها[٤] ومثلوا بدارين[٥] . وظاهر المدونة جواز قسمة الرد باطلاق – وان كان كلامها في العقار[٦] .

المطلب الثاني

تقسيمها باعتبار ارادة المتقاسمين

٤١ – القسمة بهذا الاعتبار قسمان : ١ – قسمة تراض ٢ – قسمة إجبار . ذلك أن الشركاء قد يرغبون جميعا في قسمة المال المشترك ، أو يرغب بعضهم ويوافق الباقون على أصل القسمة وعلى كيفية تنفيذها ؛ فلا تكون بهم حاجة إلى اللجوء إلى القضاء : وتسمى القسمة حينئذ قسمة تراض .

وقد يرغب واحد أو أكثر ، ويأبى غيره ولو من كيفية القسمة – فاذا لجأ الراغب إلى القضاء ، فان القاضي يتولى قسمة المال وفق الأصول المقررة شرعا ؛ وتكون القسمة حينئذ قسمة إجبار . وان شئت فقل : قسمة قضائية إجبارية .

فقسمة التراضي : هي التي تكون باتفاق الشركاء.

---

(١) وهذا التقييد من دقتهم المعهودة ، وله شواهد في كلام الشافعية (نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ ، مغني المحتاج ٢٢٣/٤)

(٢) هذا بالنسبة لقسمة القرعة ، اما قسمة التراضي فقد تكون بتقويم وتعديل وقد تكون بدونهما (حواشي التحفة ٦٨/٢)

(٣) الفواكه الدواني ٣٢٧/٢ .

(٤) ٧٠/٢ .

(٥) احدهما بمائة والأخرى بستين أو تسعين : لايجوز بالقرعة ان يستقل كل بدار ، على انيرد من اخذ افضل الدارين عشرين في الحالة الأولى ، او خمسة في الحالة الثانية ، ورخص في هذه الأخيرة اللخمي ،اي وفي كل حالات القلة – وقدّروها بنصف العشر او نحوه ، ففي عبارة الخرشي : والقلة كنصف عشر (٤٠٩/٤)

(٦) واقرت القوانين الوضعية قسمة الرد للحاجة العملية اليها ، ويسمو نها القسمة بمعدل (الوسيط للسنهوري ٨٩٠/٣) الا انهم قصروها على حالة الضرورة .[وهذا واضح لانهم يتكلمون في قسمة الاجبار]

وقسمة الاجبار : هي التي تكون بواسطة القضاء ، لعدم اتفاق الشركاء[١] .

٤٢ – ثم ليس حتما في قسمة الاجبار أن يتولاها القاضي بنفسه ، أو بمن يندبه لذلك . بل له أن يحبس الممتنع من القسمة حتى يجيب إليها ويحدد له القاضي مدة معقولة لاتمامها بصورة عادلة .

وفي كلام الحنفية اشارة صريحة إلى نحو من هذا إذ يقولون : « ليست القسمة بقضاء على الحقيقة ، حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها ؛ وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة »[٢] .

٤٣ – وقد علمنا فيما سلف[٣] أن قسمة النوع الواحد تقبل الاجبار عند الحنفية مثليا كان كالحبوب أو الأدهان أو الجوز أو البيض (ويكفي تقارب المثلى العددي) أم قيميا كالابل أو البقر أو الغنم ؛ وكذا عند الصاحبين الدور أو الحوانيت في بلد واحد ، والأراضي الزراعية أو البساتين كذلك . أما قسمة الأنواع المختلفة – كخليط من الأمثلة الآنف ذكرها – قسمة الشيء الواحد ، حتى يستقل الشريك بنوع أو أكثر (وهي من قسمة الجمع) فهذه لا تقبل الاجبار ، لمكان فحش تفاوتها وتفاوت الرغبات فيها : فيتعذر تعديلها ، وينطوى الاجبار عليها على الجور والضرر . فاذا تراضى الشركاء عليها فلا مانع منها حينئذ ، لأن ما عساه يكون قد فات بها من حق أحدهم فانما فات بطيب نفس منه ؛ والذي يملك الحق يملك اسقاطه ، ما دام حقا خالصا له[٤] . نعم ان لم يمكن الوصول إلى الحق إلا جبرا على هذه المبادلة ، فانه يجبر عليها – كقضاء الدين[٥] .

٤٤ – لكن شريطة الاجبار : بعد طلب القسمة[٦] انتفاء الضرر . والمعني بالضرر هنا : هو فوات المنفعة المقصودة من المال المشترك . وهناك ثلاثة آراء في تحديد مداه : الرأي الأول : انه الضرر العام فحسب ، أعني الذي لا يخص شريكا دون آخر : بأن بطلت بالنسبة لكل شريك المنفعة المقصودة من المال المشترك – كما لو كان حجم البيت أو الحمام أو الطاحون صغيرا ، لا ينقسم بعدد الشركاء بيوتا وحمامات وطواحين ؛ وكما في قسمة الجوهرة ، والثوب الواحد ، والحذاء ، والجدار[٧] ، والبقرة ، والشاة . فهذا الضرر هو

(١) سياتي انه اذا كان في القسمة اضرار – بجميع الشركاء لايجبر عليها . فان تراضوا جاز – في رواية أن يقسمها لهم القاضي . فهي قسمة تراض وقضاء معا (فتح القدير والعناية ٨/٣٥٧) .

(٢) العناية على الهداية مع فتح القدير ٨/٣٥١ .

(٣) ف ٢٦ ، ٢٧ .

(٤) فتح القدير ٨/٣٥٠ ، ٣٥١ .

(٥) مجمع الانهر ٢/٤٨٨ .

(٦) لان القسم بدون طلب واحد من الشركاء لاصحة لها ، اذ لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير اذنه . وعند طلب البعض يقوم اذن الشارع مقام اذن الابي – دفعا للضرر عن الطلب (رد المحتار ٥/١٦٦) .

(٧) وهذا في الجدار هو معتمد الشافعية والحنابلة وعللوه بانه ان قسم عرضا : بحيث يكون لكل واحد نصف العرض في كمال الطول كان افسادا وان قسم طولا : بحيث يكون لكل واحد نصف الطول في كمال العرض ، فلابد من قطعه، وهو اتلاف – والا لزم اضرار كل بصاحبه بتحميله على نصيبه ثقلا ليس له (الشرح الكبير ١١/٤٩٥) ومغني المحتاج ٢/١٨٩) والمعتمد عند المالكية وهو قول للشافعية والحنابلة انه يجبر على قسمته طولا في كمال العرض من الشريكين بنصيبه ، قياسا على مالو اراد احدهما قسمة مكان الجدار بعد انهدامه (ويسمونه عرصة الجدار . زاد بعض الحنابلة وعرضا في كمال الطول ، ان اتسعت العرصة لجدارين . وهو جواب ابن القاسم في المدونة اذ يقول : « ان كان لايدخل في ذلك ضرر وكان ينقسم ، رايت أن يقسم ذلك بينهما (١٤/٢٢٠) وعليه بعض حواشي المالكية لكن لا يقيد الاتساع لجدارين بل بقيد التشارط على أن من وقعت حصته في جهة صاحبه حمل له جذوعه (الخرشي ٤/٢٧٤) اما بالتراضي فلا باس عند الجميع باية صورة . لكن نص المالكية في حالة قسم العرصة على انه لابد ان ياخذ كل واحد مايليه – والا فاتت شريطة الانتفاع بالمبيع ، فتبطل القسمة ، اذهي بيع (الخرشي ٤/٢٧٤ والمهذب ٢/٣٠٧ ، ٣٠٨ والشرح الكبير ١١/٤٩٦ والانصاف ١١/٣٣٨

الذي يمنع من الاجبار على القسمة ؛ لأنها لتكميل المنفعة ، وليس هنا إلا تفويتها ؛ فيكون من قلب الموضوع . وهكذا كل ما تحتاج قسمته إلى كسر أو قطع . ولذا قالوا لو كان مع ما لا يقسم — لما في قسمته من الضرر العام للمقتسمين ، من عين أو بئر أو نهر أو قناة — أرض ، قسمت الأرض وتركت البئر والقناة وما إليهما على الشركة . أما على التراضي فلا مانع من القسمة ، لأنهما يملكان الاضرار بأنفسهما — والقاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على اتلاف ماله[1]. أما الضرر الخاص ببعض الشركاء دون بعض — كما لو كان نصيب واحد فحسب في البيت أو الحمام أو الطاحون هو الذي يتسع لمثل ذلك — فانه لا يمنع الاجبار على القسمة ، سواء اكان المستضر هو طالب القسمة أم غيره. ذلك أنه إن كان المستضر هو طالب القسمة ، فقد رضي بضرر نفسه ، وبذا صارت القسمة كالخالية من شوب الضرر — وان كان الآخر ، فان الضرر اللاحق بالمستضر من القسمة ليس — إذا امعنا النظر — بضرر حقيقي ، بمعنى أنه يفوت به حق له : وانما كل ما هنالك انه — بسبب قلة نصيبه — يريد لنفسه استمرار الانتفاع بنصيب شريكه ، وهذا يأبى عليه ، ويطالب باستخلاص حقه ، وتكميل منافع ملكه ؛ ولهذا شرعت القسمة — ووظيفة القاضي القيام بواجب الانصاف ، واعطاء كل ذي حق حقه ؛ فيجب عليه ذلك هنا . وهذا هو الذي قرره الحاكم الشهيد .

الرأي الثاني : انه الضرر الذي لا يخص الطالب ، فيشمل الضرر الخاص بالممتنع والضرر العام : لأن ضرر طالب القسمة يسقط اعتباره بطلبه ، إذ معناه رضاه بضرر نفسه ؛ أما ضرر الآخر (وهو الممتنع) فليس ثم ما يسقط اعتباره — والطالب لا يسلط على الاضرار بغيره . وهذا هو الذي ذكره الجصاص .

الرأي الثالث : انه الضرر الذي لا يخص الممتنع فيشمل الضرر الخاص بطالب القسمة والضرر العام أي عكس الثاني . لأن ضرر الممتنع ليس ضررا حقيقيا — كما أوضحناه — فلا يعتد به . وانما ينظر في ضرر الطالب : فاذا انتفى فليس ثم مانع ما من الاجبار على القسمة ؛ وإذا لم ينتف ، كان متعنتا بطلب القسمة؛ والمتعنت لا يلتفت إليه ؛ وقسمة الإجبار لا تكون بدون طلب معتد به . وهذا هو الذي قرره الخصاف ، وجرى عليه القدوري ، وقال في الهداية إنه الأصح[2].

[ولا يخفى أن الثاني والثالث متراجحان . سيما إذا لاحظنا أن الطالب المستضر بالقسمة قد رضي بضرر نفسه ، وليس حتما أن يكون متعنتا ، فقد يؤثر منفعة أخرى أقل ينفرد بها على مشاكل الشركة وشرورها — وهذا كثيرا ما يقع : كشريك في منشر للخشب يؤثر أن أن يستقل منه بجانب صغير يحوله إلى « محل حلوى وسجاير » . ولذا كان هناك من لا يزال يعول على تصحيح كلام الحاكم الشهيد — وكان من هؤلاء قاضي خان[3].

٤٥ — وأحب أن ألفت النظر إلى أنه قد يكون ضرر الممتنع من القسمة ضررا حقيقيا . وذلك إذا كان المال المشترك مواضع متعددة ، ولو قسم قسمة تفريق — أي كل موضع على حدة — ما انتفع الممتنع بنصيب ما ؛ ولو قسم قسمة جمع لا جتمع له ما ينتفع به — وانما يريد الطالب قسمة التفريق ، وهو يأبى إلا قسمة الجمع . وإذا عكس الوضع ، وكان هو الطالب ، فانه أيضا لا يكون متعنتا ، ما دام انما يطالب بقسمة الجمع لتكميل منفعته ، الذي هو مقصود القسمة .

ولم أر للحنفية نصا في هذه الجزئية ؛ وان كانت أصولهم العامة — على طريقة الامام —

(١) البدائع ١٩/٧ ورد المحتار ١٧١/٥

(٢) فتح القدير ٣٥٧/٨ والبحر الرائق ١٧٢/٨ والبدائع الصنائع ٢١/٧ .

(٣) البحر الرائق ١٧٢/٨ ورد المحتار ١٧١/٥ .

تقتضي انه لا يجاب صاحب الأجزاء الصغيرة المتفـرقة إلى قسمة الجمع ؛ لأن قسمة الجمع لا إجبار عليها مع اختلاف الجنس : كما هو حال الدور والأراضي المتعددة . أما على طريقة الصاحبين فتقتضي أصولهم انه يجاب] . وهو الذي نص عليه الحنابلة وجزموا به[١]. ويقتضيه أيضا أصل المالكية في أن القول لطالب الجمع ، لالطالب التفريق في قسمة الدور والأراضي القابلة للجمع – وليلحظ هذا القيد[٢].

٤٦ – أما قسمة التراضي : فلا يشترط فيها انتفاء الضرر ، بل الرضابه ممن يقع عليه ، واحدا كان أو أكثر[٣] حتى لو كانت القسمة ضارة بجميع الشركاء ، لكنهم رضوا بها ، فهذا شأنهم وحدهم ، لأن الحق لهم لا يعدوهم ، وهم أدرى بحاجاتهم ، فلا يكون ثم مانع منها وقد رضوا بضرر انفسهم[٤].

٤٧ – لكن هل يجيب القاضي إلى القسمة الضارة بعد الرضا بها ، فيقسم بين الشركاء كما تراضوا ؟ قال القدوري : نعم . وقال الزيلعي : لا – لأنه منكر ، لما فيه من إضاعة المال ، ولكنه لا يمنعهم أن يقسموا دون الاستعانة به[٥] واصله في المبسوط[٦] وهو المتبادر من كلام صاحب البدائع[٧] (ولم يبينوا وجه ما قاله القدوري ، إلا أن يكون هو ما قاله صاحب الهداية في غموض : « أما القاضي فيعتمد الظاهر »[٨] كأنه يريد أن يقول : انهم إذا تراضوا على قسمة ضارة ، وهم يعلمون ضررهـا ، والقاضي يجهـله ، فانه يتـولى القسمة بينهم : كما قال صلوات الله عليه : « أمرت أن أحكم بالظاهر ، والله يتولى السرائر[٩] » فان شأن تصرفات المسلم أن تكون على الاستقامة . ولكنه – ان صح – تعليل يرد القدوري إلى الوفاق مع نقل الزيلعي ؛ إذ لا ينازع في هذا أحد ، وليس هو بموضع البحث هنا] .

٤٨ – هذا هو تقرير مذهب الحنفية . ولا يخالف أحد من أهل العلم على الاجمال في أن القسمة تتنوع إلى قسمة تراض وقسمة اجبار ؛ ولكنهم يختلفون في تفاصيل ذلك :

٤٩ – فالشافعية والحنابلة لم تتفق كلمتهم على قبول القسمة للاجبار إلا في قسمة الافراز (قسمة المتشابهات) – بالمعنى الذي أسلفناه لهم[١٠] لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال ، وأن يتخلص من سوء المشاركة ، دون إضرار بأحد[١١] كما لم يتفقوا على امتناع الاجبار إلا في قسمة الرد ، لأنه فيها تمليك ما لا شركة فيه ، والشأن فيه ألا يقبل الاجبار[١٢] أما في قسمة التعديل بمعناها السالف لهم[١٣]، فمنهم ، وهو قول للشافعي نفسه ، من يمنع قبولها للاجبار منعا مطلقا لا استثناء فيه ؛ لأن الغرض أن الانصباء غير متساوية بنفسها ، بل بقيمتها ؛ والاغراض والمنافع تتفاوت رغم استواء القيمة : فليست حديقة البرتقال كحديقة العنب ، في نفسها ولا في عائدتها وجدواها ،

(١) الفروع ٣/٨٣٦
(٢) انظر ف ٥٩ والخَرَاشي ٤/٤٠٣
(٣) بدائع الصنائع ٧/٢١ .
(٤) فتح القدير ٨/٣٥٨ .
(٥) البحر الرائق ٨/١٧٢ .
(٦) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٥٨ .
(٧) ٧/ ٢٠ ، ٢١ .
(٨) فتح القدير ٨/٣٥٨ .

(٩) انكر المزني نسبة هذا اللفظ الى النبي صلى الله عليه وسلم ، وحذا حذوه آخرون ، وقالوا إنه من كلام أهل العلم : الشافعي وغيره . ولكنه صحيح بمعناه لما في الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم : انني لم اومر أن انقب عن قلوب الناس (تلخيص الحبير ٤/١٩٢) .
(١٠) ف ٣٤ .
(١١) المهذب ٢/٣٠٧ هذا اذا لم نعتبر ابا ثور شافعيا ، بناء على ما حكاه صاحب البحر الزخار عنه من أنه ينكر الاجبار في القسمة بكل حال (٤/١٠٤) اما على ما في كتب الشافعية فهو إنما ينكر الاجبار عند مطلق الضرر (المهذب ٢/٣٠٧) ويحكي عنه ابن حزم انه يقول – كالظاهرية – بالاجبار على قسمة الانواع المختلفة – قسمة الشيء الواحد – وهذا يؤيد نقل الشافعية ، ويزيد انه لا يعتبر تحمل التفاوت عند اختلاف النوع ضررا ما لمكان التقويم . (المحلى ٨/١٣٢)
(١٢) مغنى المحتاج ٤/٤٢٣ ، والمغني لابن قدامة ١١/٤٩٣
(١٣) انظر ف ٣٥ .

ولا في ملاقاة رغبات الناس وحاجاتهم — ولو أن كلا من هذه وتلك يساوي ألف دينار مثلا ؛ ولا المساحة الصغيرة الجيدة التربة أو المطلة على النهر كالمساحة الفسيحة الرديئة أو الخلفية — وان تساوت قيمتاها[١] .

ومنهم من يسيغه ؛ لأن لطالب القسمة غرضا صحيحا ، ولن يفوت الآخر شيء من حقه باعتبار المالية . وهذا هو قولهم : تنزيلا للتساوي في القيمة منزلة التساوي في الأجزاء[٢]؛ وما عساه يفوت عينا يعتاض عنه بالتخلص من مساوىء الشركة ؛ بل ربما كان الممتنع من القسمة سيء النية ، يريد الجور والاغتصاب ، بالابقاء على شركة غير متوازنة ، كما لو كان لا يملك فيها إلا بنسبة العشر . وتقدم في كلام الحنفية ايضاحه[٣] وهذا قول آخر للشافعي ، وعليه معول أصحابه . وهو مذهب الحنابلة لا يختلفون عليه : وان أبدوا احتمالا بمثل القول الأول للشافعي في في خصوص المنقولات[٤]. إلا أن الشافعية عادوا بعد ما أطلقوه ، فذكروا فروعا يستفاد منها تقييده . وفعل الحنابلة مثل ذلك أيضا ، وزادوا التصريح ببعض الشرائط . وهاك ما اجتمع لنا من قيودهم :

٥٠ — أولا : اتحاد الجنس : ويريدون بالجنس هنا النوع . فالعقار الواحد الذي لا يشبه بعضه بعضا ، كالأرض الواحدة التي تتفاوت أجزاؤها جودة ورداءة ، أو يختلف نوع غراسها — كأن كان في أحد جانبيها حديقة عنب وفي الآخر حديقة نخل ؛ والدار الواحدة التي يكون في أحد جانبيها بناء من حجر وفي الآخر بناء من اللبن ، أو لأحدهما واجهة مرغوب فيها ، وللآخر واجهة مرغوب عنها — هذا العقار يقبل الاجبار على قسمته ؛ فاذا طلب أحد الشركاء القسمة أجبر القاضي الممتنع[٥] إلا أن من الشافعية ، كالماوردي والروياني ، ومن الحنابلة ، كأبي الخطاب ، من يذكرون هنا تفقها — وبه جزم بعضهم — أنه إذا أمكنت قسمة الجيد وحده والرديء وحده فان الاجبار انما يكون على قسمة كل على حدة : قياسا على الأراضي المتعددة التي يمكن قسمة كل منها على حدة ؛ ولا سبيل إلى جمع الكل حينئذ وقسمته قسمة واحدة باعتبار القيمة[٦] .

ومعنى ذلك بجانب أن الأراضي تعتبر نوعا واحدا عند الشافعية والحنابلة وان تعددها بمثابة اختلاف الصفة كالجودة والرداءة — انه متى أمكنت قسمة الافراز ، لا يلجأ القاضي إلى قسمة التعديل ، ومتى أمكنت قسمة كل عين على حدة ، ولو تعديلا ، لا يلجأ القاضي إلى قسمة الأعيان مجتمعة . وهذا بين لائح ، لأن الوصول إلى عين الحق ما أمكن هو عين الانصاف . أما بالتراضي فللشركاء أن يفعلوا ما شاءوا — افرازا أو تعديلا أو ردا[٧].

أما إذا تعدد نوع العقار — كأن كانت الشركة في عدة دور أو حوانيت : فهذه أجناس مختلفة حكما ، وان كانت جنسا واحدا حقيقة لاختلاف الاغراض باختلاف الابنية ، ومواقع البناء[٨]ولا يجمع في قسمة الاجبار بين جنسين . فتقسم — ان لم يتراضوا على الجمع — كل دار وكل حانوت على حدة ، سواء كانت متجاورة أم متباعدة ، لتفاوت مقاصدها[٩]. نعم اعتمد الشافعية — خلافا لبعض منهم ؛ وخلافا للحنابلة الذاهبين إلى أن كل ما لا تجمعه الشفعة لا تجمعه

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .

(٣) ف ٤٤ .

(٤) المغني لابن قدامة ١١/٤٩٠ .

(٥) التجريد المفيد ٤/٣٧١ ، والمغني لابن قدامة ١١/٤٩٠ .

(٦) نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ ، ومغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، والتجريد المفيد ٤/٣٧١ ، والمغني ١١/٤٩٩ ، ومطالب أولي النهى ٦/٥٥٦ .

(٧) المهذب ٢/٣٠٨ وفي كلام الحنفية مايفيده (فتح القدير ٨/٣٦٨) وانظر ف ٤٥ فانها تمثل استثناء هو الاصل عند المالكية .

(٨) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .

(٩) نهاية المحتاج ٨/٢٧٤ ، ومطالب أولي النهى ٦/٥٥١ .

القسمة ، إذ كلتاهما لازالة ضرر الشركة[١] أن الجنسين إذا أمكن تنزيلهما منزلة الجنس الواحد، لكونهما أشبه بالحجر في الدار الواحدة ، يجمع بينهما في قسمة الاجبار : وقد ضربوا لذلك مثلين[٢] :

الأول : ضيعة بين اثنين تتألف من بضعة أفدنة ودارين ، فاذا طلب أحدهما القسمة ، واقتضت أن يستقل كل منهما بدار من الدارين ؛ فانه يجاب إلى ذلك .

الثاني : الدكاكين الصغار ، التي لا يقبل كل منها القسمة على حدة ، المتلاصقة فلا تتفاوت فيها الاغراض (وتسمى العضائد)[٣] ـ يجوز أن يجمع بينها في قسمة أعيانها قسمة اجبار ؛ على ألا تبقى للشركة علقة ، كما سيجيء[٤].

٥١ ـ ثانيا : اتحاد الصنف : في قسمة المنقولات. فليس يكفي فيها اتحاد الجنس حتى يتحد صنفها أيضا ، لأن هذا هو الذي يقلل من شأن تفاوت الأغراض فيها . فلا اجبار على قسمة التعديل عندما يختلف جنس المنقولات : كأبسطة وستائر ووسائد وحشايا ومقاعد ومناضد وثلاجات وقماطر ؛ أو يختلف نوعها : كثياب بعضها حرير وبعضها قطن وبعضها صوف ؛ وأبسطة عجمية وأخرى عادية ؛ وقماطر خشبية وأخرى من الصاج ؛ أو يختلف صنفها : كحرير هندي وحرير ياباني ، وخشب زان وخشب أبيض .

[ولا بد أن يفرض مع اتحاد الجنس والصنف اختلاف الصورة والمظهر ، أو اختلاف القيمة ـ وإلا كان الموضع لقسمة المتشابه (قسمة الافراز) ، كما علم مما أسلفناه[٥] ، لا لقسمة التعديل. وقد أشار إلى ذلك بعض المتأخرين[٦] . فالأبسطة مثلا تختلف أحجامها وعدد فتلاتها ـ وهو إختلاف في الصورة ، ويتبعه اختلاف القيمة : فاذا كانت هنالك ثلاثة أبسطة من صنف واحد مشتركة بين اثنين مناصفة ـ وقيمة أحدها مائة دينار ؛ وقيمة الآخرين معا مائة ؛ وطلب أحدهما القسمة على هذا النحو ، أعني قسمة تعديل ، فانه يجاب ويجبر الآخر إذا امتنع ، لقلة تفاوت الأغراض حينئذ . بخلاف ما إذا اختلفت أجناس الأبسطة أو أصنافها ، فانه لا سبيل إلى قسمتها قسمة تعديل إلا بالتراضي ، لشدة تعلق الأغراض بكل نوع وصنف . وهكذا يقال في غير الأبسطة ؛ لا سيما إذا كانت آحاده لا تقبل القسمة أصلا كالحيوانات ـ كما إذا فرضنا مكان الأبسطة ثلاث بقرات[٧].

والحنابلة لا يشترطون سوى اتحاد النوع وتساوي القيمة ـ وان اختلف الصنف ، كالضأن والمعز[٨].

٥٢ ـ ثالثا : ألا تبقى القسمة شيئا مشتركا : أي من المال المراد قسمه . وهذا هو الذي يعنونه « بانقطاع العلقة بين الشركاء » . وهاك بضعة أمثلة :

أ ـ سيارتان بين اثنين مناصفة ، قيمة أحداهما ألف وخمسمائة دينار ، وقيمة الأخرى خمسمائة دينار فحسب ـ لا يمكن الاجبار على قسمتهما إذا منعنا الاجبار على قسمة السيارة الأعلى قيمة[٩]، لبقاء الشركة فيها حينئذ .

ولذا يقولون : لو كان بين اثنين بقرتان ،

(١) المغني لابن قدامة ١١/٤٩٨ ـ ٥٠٠ .
(٢) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .
(٣) في شرح غريب المهذب : اراد بها دكاكين متلاصقة متوالية البناء وقال الجوهري : أعضاد كل شيء مايسند حوله من البناء وغيره ، كأعضاد الحوض ، وهي حجارة تنصب حول شفيره ، ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ، ويقال : عضد من نحل ، إذا كانت منعطفة ومتساوية (المهذب للشيرازي ٢/٣٠٨) .
(٤) ف ٥٢ .

(٥) ف ٣٤ .
(٦) الباجوري على ابن قاسم ٢/٣٥٤ .
(٧) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .
(٨) مطالب اولي النهى ٦/٥٥١ .
(٨) مطالب أولي النهى ٦/٥٥١ .
(٩) هذا هو مقتضى نصوص فقهائنا ـ لمكان الضرر ـ وان كانيمكن البحث فيه عندما تتوفر قطع الغيار .

قيمة احداهما نصف قيمة الأخرى ، فطلب أحدهما القسمة — على أن يبقى لمن خرج له أقلهما قيمة ربع الأخرى ، فلا اجبار على المذهب . وهكذا كل أدنى وأعلى[١] ومثله للحنابلة[٢]

ب — الأرض المشتركة يكون فيها بناء أو شجر ، فيطلب أحد الشركاء قسمة البناء أو الشجر وحده ، وتبقى الأرض مشتركة ؛ أو يطلب قسمة الأرض وحدها ، ويبقى البناء أو الشجر مشتركا — لا يجاب إلى طلبه : أي انه لا اجبار على هذه القسمة ، لأنها لا تزيل الشركة تماما . فاذا تراضيا على ذلك فلا بأس .

حـ — يقولون : يجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها ؛ لأن البناء تابع للأرض ، كالشجر فيها — لا على قسمة أحدهما فقط ، لأن القسمة تراد للتمييز ؛ ولا على جعله لواحد والآخر لآخر[٣]. وقد يعلل ذلك بأنه : لما زالت الشركة تماما بقسمة الطابقين جميعا صح الاجبار على القسمة ؛ ولما بقيت في بعض الدار بقسمة أعلاها دون اسفلها ، أو العكس ، لم يمكن الاجبار على هذا — لكنه يجوز من طريق التراضي[٤].

ولم ير الحنفية ولا المالكية مانعا بأية حال من أن يكون السفل لواحد ، والعلو لآخر[٥]. وربما صور الحنابلة على أنه جمع بين جنسين مختلفين اسما ومنفعة ، فلا يقبل الاجبار[٦] وفيه غلو لا يسلم لهم[٧].

٥٣ — نعم يغتفر بقاء الشركة في التوابع والملحقات . صرح به الشافعية ، إذ ينصون على أنه إذا لم يكن بد من بقاء طريق مشترك بين المتقاسمين — لأنه لا يمكن استقلال كل بطريق — فان هذا لا يمنع الاجبار على القسمة[٨].

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .
(٢) الفروع ٣/٨٤٦
(٣) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، والمغني لابن قدامة ١١/٤٩٧
(٤) نهاية المحتاج ٨/٢٧٤ .
(٥) البدائع ٧/٢٧ ، والمدونة ١٤/١٦٨ ، ١٦٩ .
(٦) مطالب أولي النهى ٦/٥٥٢ .
(٧) الشرقاوي على التحرير ٢/٥٠١ .
(٨) نهاية المحتاج ٨/٢٧٤ .

٥٤ — رابعا : أن لا تنقص قيمة المقسوم بقسمته : وهذه الشريطة مفهومة من المهذب للشيرازي ، وصرح بها الجيلي من الشافعية ، ونقلوها عنه في قسمة العقار المتعدد الجنس قسمة تعديل — تنزيلا له منزلة الجنس الواحد كالحجر في الدار الواحدة(٩)وهو ناظر إلى أن نقص القيمة ضرر واضاعة مال ، فلا يدخل فيه القضاء . لكن سيأتي لهم تفسير الضرر بغير ذلك(١٠).

٥٥ — خامسا : تعذر قسمة كل نوع على حدة : وقد فهم هذا مما سلف(١١)لكنه خاص بالعقارات عند الشافعية ؛ لأن المنقولات لا يجبر على قسمتها قسمة جمع إلا إذا اتحد صنفها . نعم هو على عمومه عند الحنابلة(١٢) .

٥٦ — (وبهذا يتبين أن الشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية على أن النوع الواحد — وان اختلفوا في صدقه على بعض الافراد كالدور والأراضي(١٣) يقبل الاجبار على قسمته . إلا أنهم اشترطوا :

(٩) ف ٥٠ .
(١٠) ف ٦٧ .
(١١) ف ٥٠ .
(١٢) نهاية المحتاج ٨/٢٧٢ ، والمغني لابن قدامة ١١/٤٩٠ ، ومطالب أولي النهى ٦/٥٥٦ .
(١٣) فعند أبي حنيفة والحنابلة:الدور والاراضي كل منهما اجناس مختلفة حكما ، نظرا إلى فحش تفاوتها باعتبار مقاصدها : فالمقصود من الدور السكنى وتوفر الراحة فيها يختلف اختلافا بينا باختلاف البلدان ، وباختلاف الموقع في البلد الواحد والجيران والقرب من المسجد والسوق والنهر ومحل العمل وهذا يصدق على الأرض الفضاء المعدة للبناء . أما الأرض الزراعية فتختلف كذلك بجودة تربتها ورداءتها — بالنسبة لمقصودها وهو الزراعة — وبقربها من الماء والمسكن الخ . وعند الصاحبين الدور جنس واحد في البلد الواحد . وكذلك الاراضي لاتحاد الاسم والصورة. لكن نظرا لاهمية الملحظ الذى ابداه الامام لم يطلقا القول بالاجبار على قسمة الدور والاراضي ،بل وكلا الامر الى نظر القاضي : يقدر كل حالة في ضوء ملابساتها الخاصة — فيجبر او لا يجبر نزولا على منطق العدالة (فتح القدير ٨/٣٦٠ ، ٣٦١) وعند الشافعية الأراضي جنس واحد ، وكل من الدور الحوانيت في حكم اجناس مختلفة(المغني ١١/٤٩٩) . وانظر للمالكية وموافقتهم (ف /٧ المذهب الثالث) .

١ ـ زوال الشركة تماما ٢ ـ ألا تنقص بالقسمة قيمة المقسوم عند الحنابلة وفي رأي للشافعية .
٣ ـ ألا يــكون في القسمة رد لا مفر منه ـ كالدار يكون في أحد جانبيها ما ليس في الآخر ، ولا تفي كلها بقيمته : على ما شرحناه فيما سلف[١] ولا بأس أن أنقل لك هنا عبارة ابن قدامة في هذا وتمثيله : « الشرط الثالث : أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها. فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع ؛ لأنها تصير بيعا ، والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين ـ فاذا جعلت الأرض سهما كانت الثلث فيحتاج إلى أن يجعل معها خمسين يردها على من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين : فهذه فيها بيع : ألا ترى أن آخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه . والبيع لا يجبر عليه لقوله تعالى ـ « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٢].

أما إذا أمكنت القسمتان : قسمة التعديل وقسمة الرد ؛ وطلب بعض الشركاء القسمة وامتنع البعض ، فانه يجبر الممتنع على قسمة التعديل سواء عين الطالب قسمة التعديل أم لم يعين ، وسواء امتنع الآخر عن القسم رأسا أم عن قسمة التعديل وطالب بقسمة الرد ـ لأن المطالبة بقسمة الرد لغو عند التقاضي . وقد ضرب الشافعية لذلك عدة أمثلة :

١ ـ أرض بعضها عامر (مستصلح للزرع ، أو ممهد للبناء) ، وبعضها ليس كذلك ٢ ـ أرض بعضها ضعيف ، وبعضهــا قوي ٣ ـ أرض بعضها فيه شجر بلا بناء ، وبعضها فيه بناء بلا شجر ٤ ـ أرض بعضها يتصل بمجرى الماء أو يقرب منه ، وبعضها بعيد ٥ ـ أرض بعضها يسقى بآلة ، وبعضها يسقى بدونها[٣] وهذا وما ينحو نحوه هو مرادهم باختلاف الأرض جودة ورداءة ، لا خصوص وفرة الخصب وقلته ، أو جفافها ورطوبتها[٤].

٥٧ ـ ولم يعتبر الحنفية هــذه الشرائط [٥]. [ولكن الرد لا يمكن انكار كونه بيعا وشراء إلا مكابرة ـ والشأن في البيع أن لا يقبل الاجبار] .

٥٨ ـ والمالكية يجعلون قسمة الاجبار فيما تماثل أو تقارب دون رد ، وقسمة التراضي فيما عداه ، كما أسلفنا[٦] ومعنى ذلك أنهم يوافقون الشافعية والحنابلة في أن قسمة الاجبار مشروطة باتحاد النوع أيضا ، وبعدم الرد ـ إلا أن يقل في قول لهم . ولكنهم يخالفون في أربعة مواضع :

٥٩ ـ الموضع الأول : انه ليس كل ما اتحد نوعه يقبل الاجبار على قسمته ، بل لا بد عند المالكية من التساوي في القيمة وفي رغبات الشركاء. ولا بد أيضا من قرب المسافة بين العقار والعقار : فقطعة الأرض التي تبعد عن الاخرى أكثر من ميلين أو تكون أجود منها تربة أو أدنى إلى رغبة أحد الشريكين دون الآخر ـ لقربها من مسكنه مثلا أو لأنها تسقى بدون آلات ـ لا يجبر على قسمتهما معا كقطعة واحدة باعتبار القيمة ؛ بل تقسم كل قطعة على حدة .

ولا بد للاجبار على الضم عند المالكية من اتحاد نوع الاشجار في حدائق الفاكهة ، وعدم امكان قسمة كل حديقة على حدة . بل إن الحديقة الواحدة تكون أشجار جانب منها النخل ، وجانب آخر التفاح أو الرمان أو الخوخ لا تقبل الاجبار على قسمتها قسمة الشيء الواحد ؛ بل يقسم كل نوع من أشجارها على حدة حيث

(١) ف ٣٦ .
(٢) المغني ١١/٤٩٣ والآية المذكورة هي من سورة النساء/٢٨
(٣) نهاية المحتاج وحواشيه ٨/٢٧٤ .
(٤) المهذب ٢/٣٠٨ .
(٥) إلا في حالات خاصة . وانظر ف ٨٤ ، ٨٩ .
(٦) ف ٧ ـ المذهب الثالث ، ف / ٤

أمكن . فان لم يمكن[١] فانه اذن للضرورة يصح الاجبار على ضم النوع إلى غيره ، وقسمة الجميع كشيء واحد مع التعديل بالقيمة – وان كان هذا قد يؤدي إلى أن يحصل أحد الشركاء على أصناف من الاشجار أكثر من غيره .

٦٠ – الموضع الثاني : ان ليس كل ما اختلف نوعه لا يقبل الاجبار على قسمته . فقد رأيناهم يقسمون أنواع الثياب المختلفة : من قطن وصوف وحرير الخ قسمة الشيء الواحد تعديلا وجبرا [٢] ويصرح المالكية بأن الأرض نوع وأشجارها نوع آخر : إلا أنه إذا تباعدت الاشجار تقسم الأرض وأشجارها معا ، لا الأرض وحدها والأشجار وحدها – وإلا فقد يترتب على ذلك أن يصير بعض شجر أحد الشركاء في أرض آخر . وهذا يخالف قسمة البساتين ؛ لأن المقصود هناك الشجر ، والأرض تبع ؛ والمقصود هنا الأرض، والأشجار تبع[٣].

٦١ – الموضع الثالث : انه لا يجمع عندهم في قسمة الاجبار بين نصيبين . قالوا لأن قسمة الاجبار لا تكون إلا بطريق القرعة وفي القرعة غرر يرتكب ضرورة الحاجة إلى القسمة ، ولا ضرورة لجمع نصيبين[٤][مع أن الجمع في الحقيقة تقليل للغرر] . ومع ذلك حتموا اجماع كل أصحاب فرض في نصيب واحد عند قسمة التركة[٥] . وسوغوا اجتماع العصبة – برضاهم – في نصيب واحد عند مقاسمتهم ذوي الفروض . وألزموا الورثة مطلقا بهذا الاجتماع – إذا طلبه أحدهم – في مقاسمة شريك لمورثهم حتى يستقلوا بنصيب مورثهم . ثم للجميع بعد ذلك ان شاءوا – وقبل نصيبهم القسمة – أن يقتسموه بينهم[٦] [وقد يستفاد من امتناع الجمع بين حظين عندهم أن القسمة لا بد أن تكون مزيلة للشركة تماما ، بحيث لا تبقى بعدها علقة بين الشركاء في المال المقسوم ؛ لأن بقاء ما كان حقه القسمة إذا كان مفسدا لها لم يختلف الحكم باختلاف المستحق – فيستوي أن يكون شريكا أخذ بعض حقه أو شريكا لم يأخذ منه شيئا] . إلا أن يكون بقاء الشركة في التوابع – وسلف نحوه للشافعية[٧] : فان مرافق الدار المقسومة إذا سكت عنها في القسمة تبقى على الاشتراك كما كانت[٨].

٦٢ – الموضع الرابع : أنه لا يشترط تعذر قسمة كل صنف على حدة : فيما عدا البساتين فانه لا يجبر على الجمع في قسمتها بين صنفين كتفاح ورمان إلا إذا تعذرت قسمة كل على حدة . وسواء بعد ذلك العقار والمنقول : فالدور والأراضي تجمع في القسمة جبرا إذا طلبها أحد الشركاء – وان أمكنت قسمة كل دار وكل حقل على حدة[٩]. وكذلك الثياب . إلا أن نص المدونة يخالفه « في الثياب » : ونص عبارتها : « هذه ثياب كلها تجمع في القسمة إذا كانت لا تحتمل أن يقسم كل صنف منها على حدة »[١٠]. « وفي الدار المعروفة بسكنى الميت أو الورثة » – بناء على أحد تفسيري المدونة وهو الذي قدمه خليل – من أن الداعي إلى جمعها مع غيرها من سائر الدور في قسمة واحدة لا يجاب : متى دعا آخر إلى افرادها بالقسمة وأمكن ذلك[١١] .

٦٣ – والمالكية والحنابلة وكذا أكثر الشافعية[١٢]

(١) ومن صور عدم الامكان أن تخطط الاشجار : كنخلة تليها شجرة رمان ، فشجرة تفاح ، فشجرة خوخ وهكذا دواليك.
(٢) هذا يمت بسبب الى ماقرره الشافعية من أن الدكاكين الصغيرة المتلاحقة تنزل منزلة النوع الواحد (ر:ف/٥٠)
(٣) الخرشي ٤/٤٠٣ ، ٤٠٤ ، وبلغة السالك ٢/٢٤٠
(٤) الرهوني ٦/٢١٠ .
(٥) أى بين ذوي فروض متعددة او ذوي فرض واحد او عصبة

(٦) الخرشي ٤/٤١٠ ، ٤١١ ، وبلغة السالك ٢/٢٤٢
(٧) ف ٥٣ .
(٨) الخرشي ٤/٤١٠ .
(٩) بلغة السالك ٢/٢٤٠ ، ٢٤١ .
(١٠) ١٤/١٧٩ .
(١١) الخرشي ٤/٤٠٣ .
(١٢) قلة منهم تقول : رفع ضرر الشركة مقدم على اي ضرر آخر عساه يكون في القسمه (مغنى المحتاج ٤/٤٢٠) .

يوافقون الحنفية على أن من شريطة الاجبار انتفاء الضرر بنفس المعنى الذي ذكره الحنفية ، أعني فوات المنفعة المقصودة ، وان بقي المال منتفعا به على نحو ما ، لعظم التفاوت بين أجناس المنافع[١]. وهذا بالنسبة لمذهب أحمد بناء على تقرير الخرقي . ولكنهم قالوا إنه جرى على رواية والمعتمد خلافها وهو أن الضرر المانع من الإجبار هو نقص القيمة[٢].

وفي كلام المالكية ما قد يفيد أنهم أحيانا ينظرون إلى القيمة ؛ بحيث لو نقصت بقسمة المال المشترك قيمته فانهم لا يجبرون عليها . فقد نصوا على ذلك في المال المشترى للتجارة[٣] [ولكن ربما أمكن أن يقال إن نقص القيمة هنا يرجع إلى نقص المنفعة المقصودة ـ لأن المنفعة المقصودة بمال التجارة انما هي الاسترباح ؛ ولا شك أن نقص قيمته يؤول إلى نقص ربحه]

ثم ، وهم بصدد بيان ما يحتمل القسمة ، قالوا المراد باحتمالها : أن يحصل لكل واحد من الشركاء واحد كامل أو أكثر كذلك من نحو الحيوان ، وجزء معين ينتفع به انتفاعا يجانس الانتفاع بكل المقسوم في نحو الدار[٤]. فربما قيل إن جنس الانتفاع بالثور الواحد من الثورين ليس كجنس الانتفاع بهما معا ؛ لأنهما معا يصلحان لما لا يصلح له الواحد ، كجر آلة ثقيلة . لكن هذا ليس بذي بال . فقد صرح ابن القاسم نفسه بأن التفاوت الذي من هذا القبيل مغتفر كالدار تقسم دارين صغيرتين[٥] لنهيه صلوات الله عليه عن الضرر والضرار[٦] ، وعن اضاعة المال[٧] . ففي مسألة الشريكين لأحدهما في الدار عشرها وليس يصلح للسكنى (ولو باضافة خارجية يستطيعها) وللآخر باقيها ـ لا يمكن الاجبار على القسمة ؛ لما فيها من الضرر بأحد الشريكين : فان تراضيا على القسمة ، فلا بأس ، لأن المستضر قد رضي بضرر نفسه[٨]. وينص المالكية على أن من هذا الضرر المانع من قسمة الاجبار أن يبقى النصيب صالحا للسكنى ـ في مثالنا هذا ـ ولكن لسكنى غير صاحبه ، فيضطر أن يؤجره لغيره مثلا ؛ وان نقص الثمن بلا خلاف عندهم ، أو نقص المنفعة عند ابن القاسم ليس من هذا الضرر . وقد رأينا من الشافعية من يشترط عدم نقص الثمن[٩] كما أن عندهم مثل خلاف المالكية في نقصان المنفعة ـ كالسيف يكسر ليقسم ، فانه يمكن الانتفاع به لنفس الغرض لكن بصورة أقل جدوى إلا أنهم رجحوا أنه ضرر مانع من الاجبار[١٠]. ثم ينفرد الشافعية بالنص الصريح على أن الضرر إذا كان يمكن رفعه في يسر عن المستضر بتكميل النصيب من غير مال الشركة ، فانه لا يعتد به لأنه في حكم العدم بتيسر رفعه وإزالته : كما لو كان بجوار الدار المقسومة أرض موات يستطيع إحياءها ، أو مملوكة له فعلا ، أو يستطيع تملكها . أما التي لا يجاورها إلا ما لا سبيل إلى الحصول عليه ـ كوقف أو شارع أو ملك لمن لا يترك عنه ـ فلا اجبار على قسمتها[١١] [وللمالكية ما يفيد ذلك

٦٤ ـ ولكن هؤلاء ـ من غير الحنفية ـ يختلفون في تحديد مدى هذا الضرر ، المشروط انتفاؤه للاجبار على القسمة ، على ثلاثة آراء :

٦٥ ـ الأول : مطلق ضرر : وعليه المالكية وبعض الشافعية وجماهير الحنابلة وابن أبي ليلى

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢١ .
(٢) الانصاف ١١/٣٣٥ .
(٣) بلغة السالك ٢/٢٤٣ .
(٤) الخرشي ٤/٤٠٣ .
(٥) الخرشي وحواشيه ٤/٤١٢ .

(٦) حديث النهي عن الضرر والضرار عند الحاكم في مستدركه (الاشباه للسيوطي ص ٧٥)
(٧) سواء كان في نفس الشركة ـ كما هنا ـ أم في البقية عليها ـ كما نص عليه الحنابلة فيما لو أوصى انسان بخاتمه لشخص ، وبفصه لآخر ـ اذ قالوا ان ايهما طلب قلع الفص يجاب (مطالب اولي النهى ٦/٥٥١) .
(٨) الخرشي ٤/٤١٢ ، ٤١٣ ، والمغني لابن قدامة ١١/٤٩٤ ، ومطالب أولي النهى ٦/٥٥٠ .
(٩) ف ٥٤ .
(١٠) مغني المحتاج ٤/٤٢٠ ، ٤٢١ .
(١١) مغني المحتاج ٤/٤٢٠ .

أيضا ، إذ ذكروا في الدار تقسم على أن لا يكون لأحدهم مرافق ، أن القسمة باطلة — ولو تراضى الشركاء على مرافق له بعد تمام العقد ؛ لأن الفاسد لا ينقلب صحيحا : واستثنوا من البطلان ما إذا كان له ما يمكن أن يتخذ فيه لنفسه مرافق كالمرحاض والباب[١]. وقد يفهم من ذلك أن مصراعي الباب ، أو فردتي الحذاء ، أو حجري الرحى تقبل قسمتهما بين اثنين الاجبار — على أن يأخذ كل منهما مصراعا أو فردة أو حجرا : لأنه يسعه أن يحصل على مصراع أو حجر آخر أو فردة أخرى . بل ربما قيل بمثل ذلك في قسمة السيارة الواحدة مع توفر قطع الغيار] .

٦٦ — الثاني : الضرر العام : كما ذكره الحاكم الشهيد من الحنفية . وهذا عند بعض الشافعية . فليس يمنع من الاجبار على القسمة ضرر بعض الشركاء دون بعض — سواء كان طالب القسمة هو المستضر أم غيره — إيثارا للتخلص من مضار الشركة[٢].

٦٧ — الثالث : الضرر الواصل إلى الطالب : وهذا هو الذي اعتمده الشافعية ، كما اعتمده القدوري من الحنفية . ففي مثال الدار ، لأحد الشريكين عشرها ، ولا يصلح للسكنى منفردا ان كان الطالب للقسمة هو الآخر : الذي لا تبطل بالقسمة منفعة نصيبه المقصودة من مال الشركة (ولو بضم شيء من خارج يملكه أو يستطيع أن يملكه على نحو ما) فحينئذ يجبر عليها ؛ وان كان الطالب هو المستضر فمتعنت مضيع لماله لا يلتفت إليه ولا يجاب إلى سفهه[٣]. وقد عرفنا ما فيه عند تقرير كلام الحنفية[٤].

٦٨ — الرابع : الضرر الواصل إلى الممتنع : على نحو ما تقدم للحنفية في توجيهه[٥]. ومال إليه ابن قدامة قياسا على ما لا ضرر فيه ، لرضا الطالب بضرره فيسقط اعتباره[٦].

٦٩ — تنبيه : الضرر الخالص الذي ليس فيه شائبة نفع [٧] إذا ترتب على القسمة : كأن بطلت منفعة المقسوم بطلانا تاما أو كادت ، فهذا محض فساد لا يقره دين ولا عقل . ولذا فليس فقط يمتنع على القاضي أن يتولى القسمة ، بل عليه أن يمنع منها .

وقد ذكروا لذلك عدة أمثلة : كالقلنسوة ، والسرج ، والفرس ، والقوس ، وغمد السيف ، والحجر الواحد من حجري الرحا .

نص عليه الشافعية والمالكية : وكلام الشافعية أصرح[٨].

٧٠ — وفي كلام الحنفية ما يشبه التناقض : فبينا نجد لبعضهم ما ربما كان أشد كصاحب الجواهر إذ يقول : « لا تقسم الكتب بين الورثة بالأوراق ، ولو برضاهم[٩] — وهي عبارة المالكية في الموضوع[١٠] وظاهرها عدم صحة القسمة نفسها ، ويوضحه قول المالكية ، بل يباع ويقسم ثمنه[١١] أي إن كان لابد من القسمة ، ولم يتفق الشركاء على بقاء الشركة[١٢] — مع أن كلام الشافعية والحنابلة لا ينافي الصحة[١٣] — نجد ابن عابدين يحاول صرف

---

(١) الخرشي ٤/٤٠٩ ، ٤١٠ .
(٢) مغني المحتاج ٤/٤٢١ .
(٣) مغني المحتاج ٤/٤٢١ .
(٤) وينص الشافعية هنا على فرع غريب إذ يقولون: لو ان الدار المشتركة كانت بين خمسة بحق النصف ، وسادس بحق النصف الآخر ، فطلب قسمتها ، كان عليهم بطلب احدهم ان يقسموا حصتهم تبعا ، وإن لم يصلح العشر مسكنا (مغني المحتاج ٤/٤٢١) .

(٥) ف ٤٤ .
(٦) المغني ١١/٤٩٥ .
(٧) وفقهاؤنا يقولون إن النفع الذي لا وقع له كالعدم (التجريد المفيد ص ٣٦٩) .
(٨) الخرشي ٤/٤٠٨ ، وبلغة السالك ٢/٢٤١ .
(٩) الدر المختار مع الحاشية ٥/١٧٢ .
(١٠) بلغة السالك ٢/٢٤١ .
(١١) ايضا بلغة السالك ٢/٢٤١ .
(١٢) حواشي التحفة ٢/٧٣ .
(١٣) الفروع ٣/٨٤٦ .

الكلام عن ظاهره ، ويقصر المنع على قسمة الاجبار ؛ وقد مر بنا قول الكاساني في بدائع الصنائع : « أن القاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على اتلاف ماله »[١].

٧١ – وهم جميعا يمثلون هنا بقسمة الجوهرة[٢] ويعترضه المتأخرون[٣]. [ولكن يبدو أنهم يقصدون أنها إذا قسمت وتشوه شكلها لم تبق صالحة للزينة ، ولا للبيع ؛ لأنها انما تباع للزينة – فيكون محمله على ما لا يمكن صقل أقسامه بعد قسمته] .

٧٢ – هذا وإن قسمته صلوات الله عليه غنيمة الأبل والغنم قسمة الشيء الواحد ليس فيها دلالة على الالزام ، طالب بها أحد الشركاء أم لم يطالب ، فربما كان عن تراض ، ويشير إليه ابن قدامة[٤] . على أن قسمة الغنيمة نمط خاص من القسمة ؛ وليس يختلف أهل العلم أن للامام فيها ان يخص كل طائفة بنوع من المال ؛ ومنهم من يفسر ذلك كما فعل الحنفية بأن حقوق الغانمين لا تتعلق بأعيان الغنيمة ، بل بماليتها[٥]؛ ومنهم من يفسره – كما اعتمد الشافعية – بأن الغانمين لا يملكون الغنيمة إلا بالقسمة[٦] .

ملحق

ما يعتبر متجانسا وما لا يعتبر

٧٣ – اتحاد النوع – وهو المقصود بالتجانس بين الأشياء – قد علمنا أنه من شرائط الاجبار على القسمة؛فليس يقسم النوعان قسمة الجمع إلا تراضيا . ولكن عند التطبيق العملي نجد أنظار الفقهاء أحيانا لا تتلاقى فيما يعتبر متحد النوع ، وما يعتبر متعدده . وهذا يقتضينا عرض طائفة من الأمثلة ، مقرونة بوجهات النظر المختلفة فيها من هذه الناحية :

المثال الأول : الدور :

٧٤ – أشرنا فيما سلف[٧]إلى موقف أبي حنيفة وصاحبه منها ومواقف بعض الأئمة الآخرين :

فهي عند أبي حنيفة والشافعية والحنابلة بمثابة الأجناس المختلفة ، سواء كانت في بلد واحد أم في أكثر ، وسواء تلاصقت أم تباعدت وهي عند الصاحبين جنس واحد حقيقة وحكما لكن نظرا لما عساه يكون بينها من فحش التفاوت يوكل النظر إلى القاضي في كل قضية على حدة : فحيث وجد هذا التفاوت فلا اجبار ، وإلا فهي على الأصل المطرد في كل متعدد متجانس – تقبل الاجبار . ولا فرق عند محمد بين البلد الواحد والبلاد المتعددة – لكن في رواية هلال انه مع أبي يوسف في موافقة أبي حنيفة إذا تعدد البلد .

٧٥ – وكأن أبا يوسف انما أراد محاذاة المالكية : فان مذهبهم – كما يؤخذ مما أسلفناه[٨]، يتلخص في أن الدور جنس واحد إذا لم يفحش التفاوت بينها ، وإلا فلها حكم الأجناس المختلفة . يؤيده قول السمرقندي : « وعندهما ان كان يمكن التعديل في القسمة في ذلك فلا بأس به »[٩]وهو تفسير قول صاحب الهداية « يفوض الترجيح إلى القاضي » كما يشير سياقه ؛ وليس معناه الترجيح بين فحش التفاوت ومفاسد الشركة ، فانه لا يملك الاجبار مع فحش التفاوت بحال[١٠].

٧٦ – أما الحجر في الدار الواحدة (ويسميها فقهاؤنا : البيوت – إما مطلقا ، كما عند الشافعية[١١] وإما إذا كان لها دهليزها ، كما عند الحنفية)

(١) ف ٤٤ .
(٢) البدائع ٧/١٩ ، والمغني ١١/٤٩٤ ، ومغني المحتاج ٤/٤٢٠ .
(٣) التجريد المفيد ٤/٣٦٩ .
(٤) المغني ١١/٣٩٠ .
(٥) رد المحتار ٥/١٦٧ .
(٦) الاشباه للسيوطي ص ٢٥٦ .

(٧) ف ٧ – المذهب الثالث ، ف ٥٦ – تعليق (١) .
(٨) ف ٧ – المذهب الثالث .
(٩) التحفة للسمرقندي ٣/٢٨٥ .
(١٠) فتح القدير ٨/٣٦٠ .
(١١) مغني المحتاج ٤/٤٢١ .

مهما اختلفت سعة وضيقا وموقعا وإحكام صنعة ، فانها جنس واحد لا ينازع في ذلك أحد [1]. بل إنها لجزء من الجنس الواحد ، وقريب منه للحنفية[2] فيجبر على قسمتها قسمة واحدة بتقويمها أرضا وبناء بعد معرفة مساحتيها[3].

٧٧ — ولا يفرق أهل العلم بين الدار الكبيرة والصغيرة ، باستثناء الحنفية ، فانهم يسمون الدار الصغيرة (الدويرة) التي تتألف من بيتين أو ثلاثة باسم المنزل ، ويقولون ان المنازل (الدويرات) تأخذ شبها من الدار الكبيرة باسمها ومعناها ، ومن البيت بصغر حجمها — فاذا انضاف إلى صغرها تلاصقها في داخل دار واحدة كبيرة التحقت بالبيوت فأخذت حكمها ، واعتبرت جنسا واحدا ، أما إذا لم تجمعها دار واحدة ، أو جمعتها لكن على التفرق في أنحائها فحينئذ يضمحل شبهها بالبيت فتأخذ حكمها الأصلي : حكم الدار — وعندئذ فحسب يجيء خلاف أبي حنيفة وصاحبيه . هكذا قرره صاحب البدائع [4] خلافا لما جرى عليه أكمل الدين في العناية ، وملا مسكين في شرح الكنز ، وتابعهما ابن عابدين من أن هذا التقرير في البيوت والمنازل انما يطابق قول أبي حنيفة . أما الصاحبان فقولهما في البيوت والمنازل هو بعينه قولهما في الدور الكبيرة بلا أدنى تفاوت[5].

٧٨ — ولا توجد مثل هذه التفاصيل في المذاهب الأخرى . بل كل ما أحاط به جدار الدار الواحدة فهو منها . والدار الواحدة تقسم قسمة الشيء الواحد[6] ويصرح الشافعية والحنابلة بأن الدكاكين (الحوانيت) كالدور فيجري فيها الخلاف الذي يجري في الدور ، وهو مفهوم من تعليلات الحنفية وغيرهم ، ولذا صرحوا به في المجلة [7].

المثال الثاني : الأراضي .

٧٩ — سواء أكانت مزارع أم ليست بمزارع ، كأراضي البناء أو التخزين أو ما شاكلهما ، وسواء آكانت المزارع حدائق فاكهة أم حقولا عادية — يقسمها الحنفية قسمين : حدائق فاكهة وغيرها : ويجعلون كلا من هذين القسمين جنسا على حدة ، ثم يختلفون في كل قسم — ولو اتحد نوع الفاكهة في الحدائق — اختلافهم في الدور ، وبنفس التعليلات : أهو جنس واحد أم أجناس مطلقا ، أو إذا تعدد البلد[8].

٨٠ — والمالكية يوافقون الحنفية على اعتبار كل من الحدائق والأراضي الأخرى جنسا مستقلا لشدة تفاوت الأغراض ، ولكنهم يعدون الأراضي التي لا يفحش تفاوتها — ويفسرها المالكية بالمتقاربة المتساوية قيمة ورغبة — جنسا واحدا ، وكذلك الحدائق المتحد نوع فاكهتها ، لا المختلف : فان حدائق البرتقال جنس ، وحدائق التفاح جنس آخر ، وحدائق الخوخ جنس ثالث — وهكذا دواليك . وقد سبق بيان تفصيلات المالكية بهذا الصدد[9].

٨١ — والشافعية يعتبرون الأراضي كلها جنسا واحدا . إلا أنهم يرون تفرقها أو تفاوتها جودة ورداءة — بالمعنى الشامل لكل مرغب ومزهد[10] وتنوع فاكهتها ، مانعا من اعطائها حكم الجنس الواحد ؛ إلا إذا تعذرت قسمة كل قطعة بمكان مستقل على حدة ، وقسمة الجيد وحده والرديء وحده ، وقسمة كل نوع من الفاكهة على حدة [11]. فهم لذا يتفردون بجمع الأراضي كلها في القسمة

---

(١) الا على ماسيجيء في الفقرة التالية من بعض تفسيرات قول الصاحبين .
(٢) بدائع الصنائع ٢٨/٧ .
(٣) رد المحتار ١٧٢/٥ .
(٤) البدائع ٢٢/٧ .
(٥) العناية على الهداية مع فتح القدير ٣٦٠/٨ وملامسكين ٢٠٥/٢ ، رد المحتار ١٧٢/٥ .
(٦) المدونة ١٧٠/١٤ ، مغني المحتاج ٤٢٢/٤ ، المغني لابن قدامة ٤٩٨/١١ .
(٧) ر : م — ١١٣٨
(٨) بدائع الصنائع ٢٢/٧
(٩) (ر : ف/٥٩ ، ٦٠) ، الخرشي ٤٠٢/٤ ، بلغة السالك ٢٤٠/٢ ، ٢٤١ .
(١٠) المهذب ٢ /٣٠٨ .
(١١) على ماجزم به بعض المتأخرين (ر : ف/٥٠)

كشيء واحد قسمة اجبار إذا تعذرت قسمة كل صنف منها على حدة لأن التعديل بالقيمة يعوض التفاوت في الجنس الواحد[١] .

٨٢ ــ والحنابلة كالشافعية في قطعة الأرض الواحدة ، مهما تفاوتت أجزاؤها ، فهي جنس واحد ــ وان كانوا أيضا لا يجمعونها في القسمة إلا إذا تعذرت قسمة كل جزء مرغوب فيه أو مرغوب عنــه على حــدة[٢] . أما القطع المتعددة بحدودها المختلفة ولو متجاورة ، فانها أجناس شتى ، لا يجبر على قسمتها قسمة الشيء الواحد ، قياسا على الشفعة[٣] .

المثال الثـــالث : الحيوان ·

٨٣ ــ قيل إن الحيوان كله جنس واحد (بالمعنى المقصود هنا ــ أي نوع) بلا استثناء ؛ أو باستثناء الرقيق فحسب ، فانه جنس على حدة . ولكن الحق الذي لا شك فيه أن الحيوان أجناس شتى تتفاوت فيها الأغراض تفاوتا فاحشا بعيد المدى لا يقل أهمية واعتبارا عن التفاوت بين جنس الحيوان على عمومه وجنس الطعام أو الشراب أو اللباس أو أي شيء آخر. ولذا فان العلماء جميعا ــ عدا هؤلاء الشذوذ ــ على أن الابل جنس (أي نوع) ، والبقر جنس ، والغنم جنس ، والرقيق جنس وهكــذا ، إلا أن منهم من لا يلتفت إلى تفاوت الأصناف الداخلة تحت الجنس الواحد من هذه الأجناس : فالضأن والمعز يجبر على جمعهما في القسمة وكذلك أصناف الابــل ، وأصناف البقر ؛ كما يجبر على الجمع بين أصناف الرقيق كلها [وعلى وزان ذلك يجمع بين أصناف السيارات كلها ، وأجهزة الراديو] . وهذا هو مذهب المالكية والصاحبين من الحنفية على ما قرره صاحب البدائع ، لأن التفاوت في الجنس الواحد يمكن تعديله بالقيمة[٤] .

٨٤ ــ فهؤلاء لا تختلف نظرتهم إلى الرقيق عن نظرتهم إلى غيره من سائر أجناس الحيوان ، ولا يرون تفاوت الأصناف المندرجة تحت نوع واحد مخرجا لها عن كونها نوعا واحدا حكما أيضا ومعهم الحنابلة إلا أنهم (أعني الحنابلة) يشرطون تساوي القيم ويتزلون تفاوتها منزلة تفاوت الجنس[٥]. [وفي كلام القدوري من الحنفية ما قد يفيده ــ وان كان في الثياب ــ وذلك إذ يقول : « ولا (يقسم القاضي) ثوبين ان اختلفت قيمتهما[٦] » وهم يرمون من وراء تساوي القيمة إلى أن لا تبقى للشركة علقة بعد القسمة أو يحتاج إلى الرد ــ وان كان الحنفية يتسامحون في بقاء العلقة بعد تحقق معنى القسمة في استقلال كل بنصيب ــ أي إنهم يقرون قسمة البعض دون البعض جبرا : وسيجيء[٧].]

٨٥ ــ أما الشافعية فيغوصون غوصا بعيدا ، ولا يكتفون بالقول بأن اختلاف الصنف مانع من الاجبار على قسمة الجمع ــ فلا يجبر على جمع الضأن مع المعز مثلا ــ بل يذهبون إلى أن اختلاف صنف الصنف مانع كذلك : فالصنفان من الضأن أو المعز : كمصري وشامي ، لا يجبر على جمعهما أيضا . ويشترطون مع ذلك تساوي القيم ، أو ما في معناه مما يزيل علقة الشركة : كأن تكون قيمة رأس واحد ، من ثلاثة رءوس بين اثنين مناصفة ، تساوي قيمة الرأسـين الآخرين ــ وإلا كان لا بد من أحد أمرين : إما رد مقابل الزيادة في بعض الأنصباء من خارج مال الشركة ؛ وإما بقاء الشركة بها ، وكلاهما مانع عندهم من قسمة الاجبار[٨] .

---

(١) المهذب ٢/٣٠٧ ، ٣٠٨ ، مغني المحتاج ٤/٤٢٣ .
(٢) على ماجزم بـه بعض المتأخرين (ر : ف /٥٠) .
(٣) المغني لابن قـدامـة ١١ /٤٩٩ .

(٤) الخرشي ٤/٤٠٢ ، البدائع ٧/٢١ .
(٥) مطالب أولي النهى ٦/٥٥١ .
(٦) فتح القـدير ٨/٣٥٩ .
(٧) (ر :ف/ ٨٩) .
(٨) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، نهايـة المحتاج ٨/٤٧٤ .

٨٦ ـ لكن أبا حنيفة يجعل رقيق غير المغنم ـ وان كان جنسا واحدا حقيقة ـ أجناسا مختلفة حكما ، بعدد أفراده ، لفحش التفاوت بينها ، في الاخلاق والآداب وفضائل النفس الباطنة : وهي مقاصد بالغة الأهمية ، تتكالب عليها الرغبات ، فلا يمكن تعديلها بالقيمة ، كالأجناس المختلفة حقيقة ـ وبذا يخالف الرقيق الجنس الواحد من سائر الحيوان ، لقلة تفاوته عند اتحاده . وقد عرفنا فيما سلف[1] لم فرق أبوحنيفة بين رقيق المغنم وغيره . وصاحب العناية والكفاية من شراح الهداية ، وصاحب تكملة البحر الرائق، يقررون أن الصاحبين يوافقان أبا حنيفة على أن الاناث من الرقيق جنس ، والذكور جنس آخر ، لشدة تفاوت المقاصد حينئذ[2] . والجماهير يتشبثون ـ من ناحية المعقول ـ بأن التعديل ممكن ؛ ويتعلقون ـ من حيث المنقول ـ بأن الرسول نفسه صلوات الله عليه قسم الرقيق في غير غنيمة : ففي حديث عمران بن حصين ـ عند الجماعة إلا البخاري ـ أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ، ثم أقرع بينهم : فأعتق اثنين، وأرق أربعة ؛ وقال له قولا شديدا »[3] . وهذه حجة ناهضة على أبي حنيفة في تفرقته بصدد الرقيق ؛ [وربما توهم أنها تنهض أيضا على الشافعية في تفرقتهم بين الصنفين من النوع الواحد ، وصنفي الصنف ؛ لأنه صلوات الله عليه لم يسأل عن أنواع أولئك الستة الأرقاء أو أصنافهم . ولكن الشافعية يردون التعلق بوقائع الأحوال ، متى تطرق إليها الاحتمال ؛ ويكفيهم هنا أن يقولوا : ما يدرينا لعله صلوات الله عليه سأل ؟ وما يدرينا لعلهم جميعا كانوا صنفا واحدا لا تفاوت فيه ؟] .

على أن أبا حنيفة عاد فأذن في الاجبار على قسمة الجمع في الرقيق أيضا إذا ضم إليه في كل نصيب شيء آخر لا يمنع من قسمة الاجبار ـ كأن يجعل مع كل نصيب من الرقيق منديل ـ وبعبارة أخرى : إذا جعل تبعا لغيره مما يقبل قسمة الاجبار ، كالغنم والثياب[4]. [وهذا كالتراجع ؛ لأنه لا يعجز عنه أحد ، ولأن المنطق حين يجتمع مقتض ومانع على سواء ، أن يغلب المانع ، لا المقتضى ؛ لأن الحاظر مقدم] .

وبذا يبطل ما احتجوا به لأبي حنيفة من أن الشيء يغتفر فيه تبعا ما لا يغتفر استقلالا: كالشرب والطريق يدخلان في بيع النهر والأرض تبعا ، ولا يباعان استقلالا ؛ والمنقولات تدخل في وقف الضيعة ببقرها وأكرتها[5] وسائر آلاتها ، ولا توقف استقلالا[6] ولذا كان أبو بكر الجصاص يرد هذا الاستثناء ، ويقول : إن قسمة القضاء لا تجوز في الرقيق وان كان مع غيره عند أبي حنيفة ؛ لأن غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه ، بخلاف الشرب والطريق[7].

المثال الرابع : الثياب والأواني وما شاكلها:

٨٧ ـ كل نوع يقع تحت جنس من أجناس العروض سوى الحيوان : كجنس الثياب ، والأواني ، والأبسطة ، والوسائد ، يجيء فيه ما مر في أنواع الحيوان[8]: هل يعتبر كل نوع جنسا واحدا ، بغض النظر عن تفاوت صنوفه ، دون شرائط أم بشريطة تساوي القيم كما يذهب الحنابلة ؛ أم لا يكون جنسا إلا الصنف الواحد بل صنف الصنف ، مع شريطة زوال الشركة بالقسمة ـ وهو مذهب الشافعية[9].

---

(١) (ر : ف /٢٧) .

(٢) فتح القدير ٨/٣٥٩ ، البحر ٨/١٧٢ .

(٣) نيل الأوطار ٦/٤٢ .

(٤) فتح القدير ٨/٣٥٩ .

(٥) في لسان العرب«الاكار : الحراث . والجمع أكرة : كأنه جمع آكر في التقدير . »

(٦) ـ العناية على الهداية ٨/٣٦١ ، ملامسكين ١/٣٢١

(٧) بدائع ٧/٢٢ .

(٨) (ر :ف / ٧٨ ومابعدها).

(٩) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، المغني لابن قدامة ١١/٤٩١ ، مطالب أولي النهى ٦/٥٥١ .

٨٨ — أما الحنفية فلم يجعلوا كل الثياب القطنية أو الصوفية أو الحريرية نوعا ، ولا كل الأواني النحاسية أو الزجاجية أو الفخارية نوعا ؛ لأنها تختلف بالصنعة : إذ تصنف أصنافا شتى — كالقباء، والجبة ، والقميص ، والسراويل ؛ والصحن والكأس ، والطست، والابريق — بحيث تتفاوت مقاصدها تفاوتا غير يسير ؛ فتلتحق هذه الأصناف بالأجناس المختلفة ولا يجبر على قسمتها معا قسمة الشيء الواحد (عبارتهم : لا يقسم بعضها في بعض) . [بل كلامهم صريح في أن اختلاف مصانع النسيج ، إذا كان مما تختلف به الأغراض ، يخرج لنا أجناسا شتى من الصنف الواحد كالازار أوالرداء : ولذا يقول في المبسوط : «ان كان الذي بين الشركاء ثوبا زُطِّيًا [١] ، وثوبا هرويا [٢] . لم يقسم إلا برضاهم [٣]» . فليكن كذلك كل ما تخرجه المصانع من غير الثياب] .

[وهذا تحريج شديد يجعلهم هنا والشافعية سواء . إلا أن الشافعية جارون على وتيرة واحدة في العروض كلها : حيوانا وغير حيوان . ولا كذلك الحنفية ؛ فان هذا نمط مختلف جدا عن مسلكهم في الحيوان] . ويقابله في الطرف الآخر تسامح المالكية وتوسعهم في جانب الثياب ؛ إذ ينصون على أنها كلها جنس واحد (أي نوع) ، لأن مقصودها واحد ، وهو ستر الجسم ؛ فتجمع في قسمة الاجبار أيا كان أصلها ، من قطن أو حرير أو صوف مثلا ؛ ومهما كان شكلها كالجلابيب والسراويلات . وفي هذا يقول ابن القاسم في المدونة : «الرجل يهلك ، ويترك قُمُصا وجبابا وأردية وسراويلات ، فلم أسمع مالكا يقول : تجعل السراويلات قسما على حدة ، والجباب قسما على حدة ؛ ولكن هذا كله نوع واحد ، يجمع في القسمة على القيمة» [٤]. وقد ذكر قبيل ذلك كيف أخذه من قول مالك ، دون أن يكون له نص فيه إذ يقول : «لم أسمع من مالك فيه شيئا ، ولكن أرى أن يجمع البز كله في القسمة فيجعل نوعا واحدا ، فيقسم على القيمة مثل الرقيق ؛ لأن الرقيق عند مالك نوع واحد ؛ وفيهم الكبير والصغير ، والهرم والجارية الفارهة ؛ فهذا كله نوع واحد ؛ وهو يتفاوت في الأثمان بمنزلة البز أو أشد ؛ فقد جعله مالك نوعا واحدا ؛ والبز عندي بهذه المنزلة» [٥].

٨٩ — ويمثل الحنفية هنا لقسمة الثياب بمثالين لهما مغزى خاص : إذ إن أولهما يفيد أن الرد مانع من قسمة الاجبار عند الحنفية أيضا [٦] . وثانيهما يفيد أن بقاء علقة الشركة — إذا لم يكن منه بد — لا يمنع من الاجبار على القسمة إذا تحقق أصل وجودها الشرعي في بعض المال المشترك .

أ — ثوبان مختلفا القيمة بين اثنين على التساوي، لا يجبر على قسمتهما قسمة جمع ؛ لأنه لا يمكن تعديلهما إلا بشيء من خارج مال الشركة ، فيكون محض بيع وشراء ، وسبيل ذلك التراضي لا الاجبار .

ب — ثلاثة أثواب بين اثنين على التساوي، وقيمة ثوب وربع الثاني تساوي قيمة الثوب الثالث وثلاثة أرباع الثاني ، يجبر على القسمة هكـذا بحيث تبقى الشركة في الثوب الثالث

---

(١) في محيط المحيط : الزُّطّ : طائفة من أهل الهند : معرب جت . واليهم تنسب الثياب الزطية الواحد زطي . وهم المعروفون في الشام بالنَّوَر .

(٢) في محيط المحيط : هراة : بلد من خراسان . والنسبة اليها هروي : يقال ثوب هروي .

(٣) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٥٨ .

(٤) المدونة ١٤/١٩٦ .

(٥) المدونة الكبرى ١٤/١٩٦ ؛ الخرشي ٤/٤٠٢ ، بلغة السالك ٢/٢٤١ .

(٦) قدمنا انهم استثنوا من ذلك ماذا تعذرت القسمة دون رد (ر : ف /٢٨) فلم لا يكون هذا المثال من امثلة التعذر ؟ قد يقال لانه يمكن التراضي على استقلال شريك بثوب وبقاء الآخر مشتركا كما صرح بمثله الشافعية والحنابلة (مغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، الفروع ٢/٨٢٦) لكن قد ينازع الحنفية في تحقق أصل معنى القسمة حينئذ كما يفهم من المثال الثاني . وتعذر القسمة العينية هنا هو مقتضى أصول المالكية ، اذ لابد عندهم في مثل ذلك (وعبارتهم : نحو الحيوان) من حصول كل شريك على واحد كامل او اكثر (الخرشي ٤/٤٠٣) .

– لأحدهما فيه الربع ، وللآخر الثلاثة الأرباع – إذ لا مانع من قسمة البعض دون البعض[١].

المثال الخامس : الجواهر .

٩٠ – ليست الجواهر – على اختلاف انواعها – من لآلئ ويواقيت وماس وما إلى ذلك إلا جنسا من العروض كالحيوان . وكافة علماء المذاهب الفقهية عدا الحنفية لا يفردونها بكلام ، اكتفاء بما قرروه في العروض عامة . فيجيء هنا ما أسلفناه في الحيوان[٢] من وجهات النظر المختلفة . والقدوري نفسه من الحنفية قد يشير إلى هذا ، لأنه قال أولا : « ويقسم (يعني القاضي) العروض إذا كانت من صنف واحد[٣] » وهذا عموم شامل للجواهر وغيرها ؛ ثم عاد ينبه على ما لأبي حنيفة من خلاف في بعض ما تناوله هذا العموم ، قائلا : « وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق والجواهر »[٤]: فأبو حنيفة يرى أن فحش التفاوت بين أفراد الجواهر ، ولو من نوع واحد ، كبرت أو صغرت ، كفحش التفاوت بين أفراد الرقيق ، أو أشد – قالوا : لأنه لو خالع الزوج زوجته ، أو تزوجها ، على لؤلؤة ، أو ياقوتة ، أو عبد ، صحت تسمية العبد ، دون ما قبله – فهي نازلة منزلة الأجناس المختلفة ؛ ولذا فلا مجال للاجبار على قسمتها : لا جمعا ، لاختلاف الجنس ، ولا إفرادا لمكان الضرر . وللحنفية في الجواهر رأى ثالث اختاروه في المجلة – بشيء من التعديل ، أدنى إلى التحكم[٥] هو أن الجواهر الكبار أجناس مختلفة ، لا تجمع في قسمة الاجبار ، لشدة تفاوت ما بينها ؛ والجواهر الصغار جنس واحد – ولو تعدد نوعها – كالماس واللؤلؤ – لأن التفاوت بينها قليل محتمل ؛ ومن السهل تعديله بالقيمة .

[وما تقدم في الرد على أبي حنيفة ، بصدد الرقيق[٦] يغني عن إعادة مثله هنا ، لأن الرقيق أحيانا أنفس كثيرا جدا من أثمن الجواهر وأغلاها ؛ ثم الجواهر توزن ، ولا يكاد يخطئ الوزن والخبرة في تعديلها فتيلا . والذي نص عليه ابن القاسم أنها لا تقسم إلا وزنا[٧] ولعله انما أراد الصغار التي يكفي تعادلها وزنا لتعادلها قيمة – بدليل أنه كان يتكلم في حلى امرأة ماتت . وإلا فالكبار تربى في القيمة على زنتها صغارا ، فيحتاج إلى الخبرة والتعديل] .

وأجاب ابن القاسم عن قسمة حلي الذهب والفضة المرصعة بالجواهر الثمينة ، فلم يرخص في قسمتها قسمة تعديل إلا إذا كانت قيمة الذهب والفضة الثلث فأقل ، مع التقابض[٨]. ذلك أنه حينئذ يجعل المقسوم أصالة هو الجواهر ، والذهب والفضة تبع . واذن يجيء في الاجبار وعدمه ما مر من الخلاف[٩]. [والشافعية كما يؤخذ من أصولهم المقررة ، لا يقرون هذه القسمة – بناء على أن القسمة بيع – لأنها من قبيل مد عجوة ودرهم ، قل الذهب والفضة أم كثرا[١٠]؛ أما بناء على أنها محض تمييز حقوق فلا مانع ، قل الذهب والفضة أم كثرا أيضا . ومقتضى أصول الحنفية اطلاق البطلان ؛ إذ القسمة عندهم لا تنفك عن المعاوضة ، واحتمال التفاضل قائم (١١)].

المطلب الثالث

تقسيمها باعتبارين آخرين

وتحته شعبتان :

الشعبة الأولى

تقسيمها باعتبار وحدة المحل وتعدده :

وهي بهذا الاعتبار قسمان : ١ – قسمة جمع ٢ – قسمة تفريق : ويتبين ذلك بما يلي :

(١) فتح القدير ٣٥٨/٨ ، ٣٥٩ .
(٢) (ر : ف /٨٣ ومابعدها) .
(٣) فتح القدير ٣٥٨/٨ .
(٤) فتح القدير ٣٥٩/٨ .
(٥) (م ١١٣٧) .

(٦) (ر : ف /٨٦) .
(٧) المدونة الكبرى ١٩٦/١٤ .
(٨) المرجع السابق . » »
(٩) (ر : ف/٨٣ وما بعدها) .
(١٠) (ر : ف/٢٣) .
(١١) مجمع الأنهر ١١٨/٢ .

٩١ – أ – **قسمة الجمع**: هي قسمة المتعدد وقسمة الشيء الواحد: فان كان متساوي الأفراد وأجزائها لم يحتج إلا إلى افراز كل نصيب على حدة، دون حاجة إلى تقويم – مثال ذلك كمية من الأحجار المتساوية القوالب والصنعة بين ثلاثة بالتساوي، لا تحتاج قسمتها إلا إلى عد ثلث منها لهذا، ثم ثلث لذاك، ثم يكون الباقي للثالث؛ نظير ما لو كان المشترك ثوبا واحدا من القماش (بالمعنى المتداول الآن – أي ذرعا معينا من نسيج معين) بينهم على التساوي: فان قسمته لا تتطلب إلا أن يقاس ثلث الثوب لهذا، ثم ثلث لذاك، ثم يكون للثالث الباقي[1].

وان كان بين بعض أفراد المال المشترك وبعض، تفاوت بحيث لا يمكن تعديل الأنصباء فيه إلا بالتقويم – كما هو الغالب في أنواع العقار والحيوان؛ وكما هي طبيعة الأشياء في الأجناس المتعددة كدار ومنقولاتها، وضيعة ومحتوياتها – فانه أيضا يعتبر كشيء واحد متفاوت الأجزاء لا تتعدل الأنصباء فيه إلا بتقويمه: كقطعة أرض زراعية تختلف أجزاؤها في درجة الخصب. فيقوّم عند التشاح[2] ويصيب كل شريك من أفراد المال المشترك ما يساوي نصيبه من القيمة كلها: فالذي نصيبه الثلث من مال قيمته ألف ومائتان يأخذ منه (تراضيا، أو جبرا – على تفصيل يعلم مما سلف)[3] ما يساوي أربعمائة.

٩٢ – ب – **قسمة التفريق**: وتسمى قسمة الفرد أيضا[4]. هي قسمة الشيء الواحد نفسه – كما مثلناه آنفا في التنظير لقسمة الجمع – أو الأشياء المتعددة كل واحد على حدة:

[وليس النظر في التسمية هنا وهناك إلى جمع الحصص الشائعة وتفريقها، فانه لا بد من جمعها في كل قسمة. ولكن إلى محل القسمة نفسه: فانه ان كان شيئاً واحداً – ليس معه غيره، أو معه غيره إلا أن كل واحد يقسم على حدة – فقد تفرق بالقسمة أنصباء متميزة أي صار متعدداً بعد أن كان واحدا، وهذا هو التفريق؛ فالذي أدى إليه هو قسمة التفريق. وان كان أشياء متعددة تقسم جملة فقد ضم بعضها إلى بعض، ولم ينظر إلى تعددها، وانما اعتبرت وحدة متكاملة؛ ثم لا بد أن يترتب على قسمتها هكذا جمع نصيب الشريك كلاً أو بعضاً في عين واحدة أو أكثر – فهي إذن أساسا ومآلاً: قسمة جمع]،

٩٣ – ولعل هذا أفضل من عبارة المجلة – وان كان المآل واحدا – ونصها[5]: القسمة تكون على وجهين: أما جمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها: مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة – عشرة، عشرة: ويقال لها قسمة جمع. وأما تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في أقسامها مثل قسمة عرصة[6] بين اثنين – ويقال لها قسمة تفريق وفرد».

٩٤ – والفقهاء في سائر مذاهب الفقه لا يبرزون هذا التقسيم (إلى قسمة جمع وقسمة تفريق) إبراز الحنفية[7] – ولكنه يجيء في ثنايا كلامهم؛ لأن الحنفية لم يسموا شيئاً مخترعاً، بل حقائق واقعة ماثلة في كل مذهب – كما هو جدّ بيّن من مجرد تصفح المعنى الذي أرادوا بكلٍ من القسمين، مع ما أسلفناه في قسمي الاجبار والتراضي لدى الجميع[8].

(١) البحر الرائق ٨/١٧٢.
(٢) رد المحتار ٥/١٧٣.
(٣) (ر: ف/٤١ وما بعدها).
(٤) رد المحتار ٥/١٧٢.

(٥) (م ١١١٥).
(٦) كل بقعة بين الدور ليس فيها بناء فهي عرصة (لسان العرب).
(٧) والمشرعون الوضعيون أيضا يكتفون بلفت النظر الى ذلك، وربما في حواشي مؤلفاتهم – كما فصل السنهوري في الوسيط (٨/٨٩٠).
(٨) ر: ف/٤١ – ٧٣.

الشعبة الثانية
تقسيمها باعتبار طبيعة المحل أو إرادة المتقاسمين

٩٥ — هي بهذا الاعتبار قسمان : ١ — قسمة أعيان ٢— قسمة منافع : وذلك أن محل الشركة قد يكون مما لا يقبل القسمة — كدار صغيرة ، أو مطحن صغير : لا يمكن جعلهما دارين أو مطحنين ؛فيؤثر الشركاء—إن لم يلزمهم الشرع[١]— الاستعاضة عن قسمة العين التي لا سبيل إليها جبرا بقسمة المنافع ؛ وهذه ميسورة أبدا

وقد يكون المحل مما يقبل القسمة — كما لو كانت الدار كبيرة ، والمطحن متسعا وفيه طاحونان — ولكن الشركاء لأمر ما — كالحاجة إلى خدم أكثر مع عدم الاقامة بالبلد ، وكخوف المزاحمة التجارية — لا يريدون فض الشركة في العين ، بل يؤثرون الابقاء عليها واقتسام منافعها .

ومن ناحية أخرى قد تمكن القسمة العينية ويريدها الشركاءأو بعضهم؛وقد لاتمكن لضررها[٢] ولكن الشركاء جميعا يريدونها — وفي كلتا الحالين تكون القسمة عينية . وفي كل من اللتين قبلهما تكون قسمة منافع . وسيجيء بسط الكلام في كل منهما ، بالاضافة إلى ما سلف[٣].

الفصل الثاني
مقوماتها

٩٦ — إذا كانت القسمة هي تمييز الأنصباء لمستحقيها [٤] ، فانها لكي تتحقق لا بد لها من أربعة مقومات :

١ — الفعل الذي به التمييز — وله مظهر خارجي هو كيفية القسمة .

٢ — المال المشترك الذي تميز حصصه — وهو المقسوم .

٣ — الفاعل الذي يتولى القسمة — وهو القاسم .

٤ — المستحقون — وان شئت فقل المتقاسمون ، أو المقسوم له :

أما كيفية القسمة ،فسنعرض لها في الفصل الثالث ان شاء الله .

وأما المقومات الثلاثة الأخرى ، فقد عزمنا على أن نعقد لكل منها فرعاً خاصاً في هذا الفصل مع إدراكنا لما عساه يعرض من شك في اعتبار القاسم مقوما .

الفرع الأول
القاسم

٩٧ — لا يمكن أن تتحقق قسمة بدون قاسم . إلا أن هذا القاسم قد يكون هو الشركاء أنفسهم ، إن كانوا كملا ، أو أولياءهم إن كانوا قاصرين ؛ وقد يكون أجنبيا يولونه القسمة بينهم ، دون لجوء إلى القضاء ؛ وقد يكون القاضي — إذا طلب منه القسمة واحد من الشركاء أو أكثر : فيتولاها بنفسه ، أو ينصب من يتولاها نيابة عنه .

كل ذلك يحقق مقصود القسمة ؛ ولكن ما هي الشرائط المعتبرة في القاسم على كل حال ؟ وماذا يتعلق بأجره — ان لم يكن متبرعا ؟

هنا إذن مطلبان :

المطلب الأول
شرائطه

اقتصر صاحب البدائع من الحنفية[٥] على شريطتين اثنتين :

٩٨ — **الأولى : العقل** : لأن أهلية كل تصرف شرعي متوقفة عليه . فلا تصح قسمة صبي لا تمييز له ، أو مجنون كذلك . أما الصبي العاقل ، فانه يصح أن يتولى القسمة باذن وليه ؛ لأن البلوغ

---

(١) ر : المهاياة ف ٦ — ١١

(٢) اذا بلغ الضرر مبلغ الفساد فهذه مسألة أخرى . رف ٦٩

(٣) (ر : ف/٤١ وما بعدها) .

(٤) (ر : ف/ ١ — ٥) .

(٥) البدائع ١٨/٧ .

ليس من شرائط القاسم — سواء كان منصوبا من قبل الشركاء ، أم من قبل القاضي .

٩٩ — الثانية : الملك أو الولاية : فالذي لا ملك له ولا ولاية فضولي . والمقصود ملك المال الذي تراد قسمته ، أو مجرد الولاية عليه من غير ملك له :

أ — فالشركاء الذين يملكون المال المشترك ، لهم أن يقسموا لأنفسهم متى تراضوا على ذلك ، دون استعانة بأحد ؛ لأن القسمة نوع من المعاوضة، والمال مالهم[١]؛ ولهم أن يوكلوا في القسمة من شاءوا.وينوب عن القاصر وليه ، وعن الغائب وكيله : فان لم يكن ولي ولا وكيل ، فلا بد من أمر القاضي قبل القسمة ، أو إجازته بعدها[٢] — أو إجازة الغائب نفسه ، أو القاصر بعد كما له أو وليه إذا حضر . ويستوى في الاجازة أن تكون قولية صريحة ، وأن تكون مفهومة من التصرف دلالة — كما لو باع الغائب أو الصبي بعد بلوغه نصيبه أو بعضه . إلا أن الاجازة لا تجدي إذا سبقها الرد : كأن رفض القسمة ، ثم بدا له فأقرها[٣].

ولو مات الغائب أو القاصر ، فان إجازة الورثة تقوم مقام إجازته استحسانا ؛ خلافا لمحمد ، الواقفِ مع القياس[٤].

ملحوظتــان :

١٠٠ — ١ — ذكر صاحب الدر المختار أن قسمة الورثة هي التي تنفذ بالاجازة ؛ أما قسمة الشركاء بغير الميراث فلا : وفيه وقفة ، لأنه نقله عن منية المفتي وغيره ، وعبارة منية المفتي لا تفيده[٥].

[٢ — قدمنا أن قسمة المثلى لا تتوقف على حضور الشريك ولا رضاه[٦]فما هنا خاص بالقيميات] .

١٠١ — ب— وأما الولاية : فنوعان : ١ — ولاية قضاء ٢ — ولاية قرابة أو ما في معناها . ويفترقان من حيث اشتراط طلب القسمة وعدم اشتراطه : فالقاضي لا يقسم بنفسه ، أو بمن ينيبه، إلا إذا طلب منه القسمة جميع الشركاء أو بعضهم . ولا تصح قسمته ان قسم بدون هذا الطلب ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه . أما بعد الطلب فقسمته ماضية على الكبير والصغير والحاضر والغائب والذكر والانثى ، والمسلم والذمي ، والحر والعبد ، والمأذون والمكاتب[٧] .

أما الأب أو الجد أو وصيه فيقسم على من تحت ولايته — كالصغير والمجنون — دون توقف على طلب طالب . ووصي الأم أو الأخ أو العم ، له ولاية بيع المنقول دون العقار — فكذلك ولاية قسمته .

والأصل أن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة ، ومن لا فلا ؛ لأن القسمة لا تنفك عن معنى المبادلة[٨] .

١٠٢ — ما ليس بشريطة : فليس يشترط في القاسم :

أ — اسلام،ولا حرية ، ولا ذكورة : بل يقسم الذمي ، والمرأة ، والمكاتب ، والمأذون — لأن بيعهم صحيح[٩].

ب — ولا عدالة،ولا أمانة،ولا علم بالقسمة، أو معرفة بالحساب والمساحة — وان كانت هذه

(١) العناية على الهداية مع فتح القدير ٣٥٢/٨ .
(٢) في القانون المصرى للولاية على المال تنص المادتان (٤٠ ، ٧٩) على ان للمحكمة رقابة سابقة ورقابة لاحقة على قسمة مال المحجور والغائب : بمعنى انه لابد لصحة القسمة من اذن المحكمة قبل اجرائها وأجازتها بعد التأكد من عدالتها اذا تمت،باستثناء قسمة الأب فانه يستقل بها .
(٣) رد المحتار ١٦٩/٥ .
(٤) المرجع السابق

(٥) رد المحتار ١٦٩/٥ .
(٦) (ر : ف ٢٦/) .
(٧) البدائع ١٨/٧ .
(٨) المرجع السابق .
(٩) المرجع السابق .

من الصفات المستحبة فيه[١]. هكذا يقرر صاحب البدائع . مع أن القدوري وصاحب الهداية يقولان : «ويجب أن يكون (أي القاسم) عدلا مأمونا ، عالما بالقسمة ؛ لأنه من جنس عمل القضاة ؛ ولأنه لا بد من القدرة ، وهي بالعلم ، ومن الاعتماد على قوله ، وهو بالأمانة»[٢]. وحل هذا التناقض أن الوجوب على الامام ، لا في القاسم : أي أنه يجب على الامام – إن نصب قاسما ؛ وهو مندوب إلى ذلك – أن ينصب عدلا ، عالما بالقسمة ؛ لكن لا يشترط أن يكون القاسم كذلك لتصح قسمته – نظير ما قالوه في القاضي[٣].

١٠٣ – وقبل كل شيء ينبغي التفطن إلى أن الوصي على القاصر ، إذا كان وصي الأم أو الأخ أو العم ، فليس وصيا قط ، عند المالكية والشافعية والحنابلة . وانما هو كأي أجنبي ، بلا أدنى فرق . ولا أثر ولا وزن لمثل هذه الوصاية بحال[٤].

١٠٤ – ثم معنى ما ذكره الحنفية أن لا فرق في القاسم عندهم – من حيث الصفات المعتبرة فيه – بين أن يكون منصوب الحاكم أو القاضي ، أو منصوب الشركاء أنفسهم . [وهذا مسلك لا نجده صريحا عند أحد سواهم من أهل الفقه.]

أما سائر فقهاء المذاهب التي نعالجها بالبحث هنا فيفرقون بين القاسم الذي هو منصوب الحاكم ؛ والقاسم الذي يقيمه الشركاء أنفسهم – إلا أن هذا الذي يقيمه الشركاء إذا جعلوه محكما بينهم : بمعنى أن قسمته لازمة للجميع ، لا يملكون حق رفضها ، فقد نص الشافعية على أن شرائطه حينئذ تكون هي الشرائط المعتبرة في منصوب الحاكم[٥]. وعكس الحنابلة ، فجعلوا لزوم قسمته بعد القرعة نتيجة طبيعية لا تصافه بالصفات المعتبرة في منصوب الحاكم لأنه إذن قائم مقامه ، فاذا اختلت فيه هذه الصفات لم تكن لقسمته صفة الالزام إلا إذا تراضى بها الشركاء – كما لو قسموا هم لأنفسهم ؛ إذ لا حاكم بينهم حينئذ ، ولا من يقوم مقامه[٦].

١٠٥ – فقاسم الحاكم لا بد فيه من عدة شرائط ، لا تصح القسمة دون توافرها :

الشريطة الأولى : العدالة :

١٠٦ – ليؤمن الجور في إيصال الحقوق إلى أربابها . فان قسمته لازمة للمقتسمين ، لا خيار لهم في قبولها ورفضها – ومن ثم فان ولاية القسمة من قبيل الولايات الواجبة الطاعة : وغير العدل ليس من أهلها ، قياسا على الحاكم نفسه[٧].

هذه الشريطة أطبق عليها المالكية والشافعية والحنابلة .

الشريطة الثانية : الحرية :

١٠٧ – لأن العبد أيضا ليس من أهل الولايات . وبهذه الشريطة يأخذ المالكية والشافعية ، دون الحنابلة[٨].

الشريطة الثالثة : الذكورة :

١٠٨ – وانفرد الشافعية باعتبار هذه الشريطة ؛ لأن المرأة عندهم ليست من أهل الولايات . وهذه خلافية مشهورة[٩] وبهذه المناسبة ينبغي أن ننبه على الاجمال – لئلا يطول بنا المقال – أن الشافعية يشترطون في قاسم الحاكم شريطة جامعة

---

(١) البدائع ١٩/٧ .
(٢) فتح القدير ٣٥١/٨ .
(٣) رد المحتار ١٦٨/٥ .
(٤) المدونة الكبرى ٢٠٠/١٤ ، ٢٠١ ، البيجوري على ابن قاسم ٩١/٢ ، دليل الطالب ١٢١ ، ١٦٨ . منهاج الطالبين بالسراج الوهاج ٢٤٦ .

(٥) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، التجريد المفيد ٣٦٩/٤ .
(٦) المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .
(٨) الخرشي ٤٠١/٤ ، مغني المحتاج ٤١٨/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .
(٨) الخرشي ٤٠١/٤ ، مغني المحتاج ٤١٨/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .
(٩) مغني المحتاج ٤١٨/٤ . ولكن الشافعية تمادوا فيها مالم يتماد غيرهم .

هي : أن يكون من أهل الشهادات كلها فلا بد أن يكون مكلفا ، ذكرا ، حرا ، مسلما ، عدلا ، ضابطا (لا مغفلا) سميعا بصيرا ، ناطقا ــ لأن كل المتصفين بأضداد هذه الصفات ليسوا من أهل الولايات ؛ ومن ثم أيضا منعوا أن يكون الأصل ــ من أب أو جد مهما علا ــ قاسم حاكم لفرعه مهما نزل ، كالولد وولد الولد ؛ وكذلك عكسه : أعني أنهم منعوا أن يكون الفرع قاسم حاكم لأصله [١].

الشريطة الرابعة : علمه بالقسمة :

١٠٩ ــ أي أن تتوفر له الآلة اللازمة للقيام بعمل القاسم : كمعرفة الحساب ، والمساحة ــ إن نصب قاسما عاما ، لأنه لا بد محتاج ذلك ، أو قاسما لما لم تمكن قسمته دون هذه المعرفة [٢]. نص على هذه الشريطة الشافعية والحنابلة [٣] وقد نص الحنابلة على أن معرفة التقويم مما يتوقف عليه العلم بالقسمة حيثما احتيج إليه [٤] وهذا هو الذي أعتمده البلقيني من خلاف عند الشافعية ــ وأن اعتمد أكثرهم أنها ليست كذلك ؛ لأنه يستطيع الاستعانة بأهل الخبرة في التقويم ، ان احتاجه :

وعند ذاك يعتمد منهم شهادة رجلين عدلين ؛ غاية ما هناك أنه يفضل فيه أن يكون عارفا بالتقويم أيضا . أما قاسم لا يعرف حسابا ولا مساحة . فكقاض لا يعرف الفقه ، أو كاتب لا يعرف الخط [٥].

الشريطة الخامسة : تعدده حين تكون ثم حاجة الى التقـويم :

١١٠ ــ أي وكان هو المقوم . وقد جزم بذلك الشافعية ، واعتمده الحنابلة ، وهو ظاهر خليل

(١) التجريد المفيد ٣٦٨/٤ .

(٢) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) مغني المحتاج ٤١٩/٤ .

من المالكية [٦] لأن التقويم شهادة بالقيمة ، وهذه لا يكفي فيها واحد .

وانما خالف المالكية ــ فيما قرره جماهيرهم ــ وبعض الحنابلة ، لأن القسمة تثبت بطريق الخبر عن علم يختص به القليل من الناس ، فيكفي واحد ، كالطبيب والقاضي والمفتي [٧] ؛ ثم الذي ثبت عن علي أنه كان له قاسم واحد .

[ولا يخفى تفاهته بعد التسليم بأن التقويم شهادة بالقيمة] نعم إذا جعل القاسم حاكما في التقويم ، كما جعل حاكما في القسمة ، فحينئذ يكون له فيما قرره الشافعية ــ ان يحكم بعلمه من حيث القيمة : فيكون قد قسم وقوم وهو واحد [٨].

وعلى نقيض ما ذهب إليه المالكية ومن معهم ذهب الشافعي في قول له آخر ، إذ كان لا يرى اكتفاء الحاكم بقاسم واحد في قسمة ما ــ سواء أحتاج إلى التقويم أم لم يحتج . واعتمده البلقيني قائلا : « لم نجد نصا صريحا (يعني للشافعي) يخالفه » . ولكن ضعفه الأكثرون ، لأنه مبني على أن القاسم شاهد ؛ وليس كذلك ، لأنه يستقل باستيفاء الحقوق لأهلها على سبيل الالزام فهو حاكم ، لا شاهد(٩).

١١١ ــ وليس الخرص (تقدير الرطب والعنب على الشجر) (١٠) إذا احتيج إليه ، من قبيل التقويم ؛ لأن التقويم إخبار يحتمل الكذب ،

(٦) ولكن الخرشي ــ اعتمادا على مقررات المذهب : من أن المقوم لا يشترط تعدده الا حيث يترتب على التقويم حد أو غرم ، كتقويم المسروق وأرش الجناية ، لانه اذن كالشاهد على القيمة ــ قرر ان الراجح في المذهب اطلاق عدم اشتراط تعدد القاسم ولو احتاج الى التقويم ولا تعدد المقوم حين يكون غير القاسم ، اذ لا يترتب على التقويم هنا حد او غرم (الخرشي ٤٠١/٤).

(٧) الخرشي ٤٠١/٤ .

(٨) مغني المحتاج ٤١٩/٤ .

(٩) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ ، الفروع ٨٥٢/٣ .

(١٠) ومن العلماء من يعممه ر : ف١٨ ، ٣٩ ، ١٧٥ .

والخرص انشاء حكم عن اجتهاد ــ كما يفعل القاضي . فيكفي مع الحاجة إلى الخرص قاسم واحد ، كما اكتفوا بخارص واحد في الزكاة : وان زعم إمام الحرمين أن القياس قاسمان اعتبارا بالتقويم[١].

١١٢ ــ الشريطة السادسة : نزاهته وعفته : عن الرشوة وما إليها . وهذه الشريطة يقتضيها كلام الشافعي في الأم ؛ وجرى على اعتبارها جمع من أصحابه القدامى كالماوردي ، والمتأخرين كالشيخ زكريا الانصاري . ولكنهم أشاروا إلى تضعيفه حين نبهوا على أنها ليست من شرائط القاضي[٢].

١١٣ ــ وقاسم الشركاء الذي هو في حقيقة الأمر مجرد وكيل عنهم ، قد يعفيه وضعه هذا من أكثر شرائط قاسم الحاكم . فان الشافعية ينصون على أنه ــ إذا لم يكن في الشركاء محجور عليه ــ لا يشترط فيه سوى التكليف : حتى ليجوز أن يكون امرأة ، أو فاسقا ، أو ذميا ، ولا يشترط أحد تعدده[٣]. فاذا كان في الشركاء محجور اشترطت في قاسمهم أيضا شرائط قاسم الحاكم ، نظرا وحيطة،ويكتفي المالكية والحنابلة بالضمان الذي في أيدي الشركاء بالنسبة لقاسمهم هذا : أعني أن لهم الحق في رفض قسمته إذا لم ترقهم ، فلا يشترطون لصحتها ولزومها إلا تراضيهم :ولو كان هذا القاسم لايعرف القسمة[٤]. وظاهر أن ولي المحجور ووكيل الغائب ينوبان منابهما .

١١٤ ــ وينص الشافعية هنا على دقيقة . وهي أنه لا يصح أن يكون قاسم شريكا ووكيلا لسائر الشركاء أو لبعض منهم : كأن يقولوا كلهم له أنت وكيل عنا فاقسم كما ترى ، وافرز لنفسك ولكل واحد منا نصيبه ؛ أو يكونوا أربعة ، فيوكل اثنان منهم الاثنين الآخرين في القسمة ، بحيث يكون أحدهما وكيلا عن واحد والآخر عن الآخر . والسر في هذا أن على الوكيل أن يحتاط لموكله ؛ وهذا ما لا يستطيعه الوكيل هنا ، لأنه يتناقض مع احتياطه لنفسه الذي هو أمر غريزي مركوز في الفِطَر .

نعم إذا وقع التوكيل بحيث لا يؤدي إلى هذا التناقض ، فلا بأس ، وذلك كما إذا آثر أحد الشركاء أن يبقى هو وآخر شريكين بنصيبيهما بعد انفصال الآخرين : فيوكله في القسمة على أن يكون نصيباهما جزءا واحدا ــ فان الوكيل حينئذ يستطيع أن يحتاط لنفسه ولموكله ، بلا أدنى تعارض[٥].

المطلب الثاني

اجــرتـــه :

وتسمى القسامة (بضم القاف) (٦).

والبحث في أجرة القاسم يتناولها من طرفين :

الطرف الأول : على من تكون ؟

الطرف الثاني : كيف توزع ؟ على عدد الرءوس أم بقدر الانصباء ؟

الطرف الأول : على من تكون ؟

١١٥ ــ القاسم ان لم يكن متبرعا فلا بد له من أجرة ، ولو كان هو القاضي نفسه كما سيجيء .

واجرته ان كان قاسم الشركاء على الشركاء ؛ لأن نفع القسمة يخصهم ؛ وان كان قاسم القاضي ، فالأفضل أن تكون أجرته في خزانة الدولة (بيت مال المسلمين) ، لأن هذا أرفق بالناس . بل مطلوب من القاضي ــ على سبيل الندب والاستحباب أن يتخذ قاسما عاما ، بصفة دائمة ، له رزق جارٍ (راتب شهري مثلا) كسائر عمال

(١) مغني المحتاج ٤١٩/٤ . ونهاية المحتاج ٢٧٠/٨ .
(٢) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ ، التجريد المفيد ٣٦٩/٤ .
(٣) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ ، التجريد المفيد ٣٦٩/٤
(٤) الخرشي ٤٠١/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .
(٥) مغني المحتاج ٤١٨/٤ .
(٦) الفروع ٨٥٢/٣ .

الدولة ، يكون معدا للقيام بالقسمة بين الشركاء عند طلبها – دون تقاضي أجر منهم . لأن هذه منفعة عامة ، من جنس عمل القاضي – إذ هي أيضا لقطع المنازعات – فيكون مقابلها في المال العام كرزق القاضي نفسه . فان لم يجعل أجرته في بيت المال – لأمر ما – فان أجرته تكون على المتقاسمين لأن النفع واصل إليهم ؛ لكن يقدرها القاضي بأجرة المثل لئلا يتحكم القاسم ويشتط . ومع ذلك لا يلزمهم بالقاسم الذي ينصبه ، بل يدع لهم الخيار – فان شاءوا قسم لهم ، وان شاءوا استأجروا غيره . ولا سبيل إلى إجبارهم على توكيل قاسم بعينه ، لأن الأصل في العقود أن لا يجبر عليها . كما أنه للمصلحة العامة لا يدع القسامين يعملون في شركة معا ، لئلا يتواطئوا ، ويزيدوا في الأجرة[١].

واتخاذ القاسم الدائم يظل مندوبا إليه وان لم يقرر له أجرة في بيت المال ؛ لأن القاضي أعرف بمن يصلح لهذا الغرض ؛ ولأن قاسم القاضي أعم نفعا ، إذ تنفذ قسمته على المحجور والغائب – بخلاف قسمة غيره[٢].

١١٦ – ثم القسمة تشبه القضاء ، لأنها تدخل في ولاية القاضي ، ويلزم بها الآبي . ولكنها ليست منه على التحقيق ؛ ولذا لا تجب على القاضي مباشرتها بنفسه . فمن أجل كونها ليست قضاء ، إذا تولاها القاضي يجوز له أن يأخذ أجرتها من المتقاسمين ؛ ولكن لمكان شبهها بالقضاء يكون الأولى له أن لا يأخذ[٣].

١١٧ – هكذا قرر الحنفية . ولا يخالف أحد من أهل الفقه في أجرة قاسم الشركاء على الشركاء، ولا في أن نصب الحاكم قاسما ليقسم بين الناس من المصالح العامة، بل ظاهر قول ابن قدامة في المغني وجوبه[٤]. وكلهم ينقلون أن عليا كان له قاسم عام من عماله الدائمين ، وفي بعض الروايات أن اسمه عبد الله بن يحي ، وانه كان يرزقه من بيت المال[٥].

لكن الشافعية ينصون على انه إذا لم يجر عليه رزقه من بيت المال ، فان هذا قد يفسد المقصود من نصبه ؛ لأنه إذن مظنة أن يغالي في الأجرة ، ويقبل الرشوة ، ويجور في القسمة . ولذا فالافضل حينئذ ألا يعين قاسما ، وأن يدع الناس يستأجرون أو يستعينون بمن شاءوا . بل منهم من منع حينئذ هذا التعيين ، وقضى بحرمته . [ويلوح من كلامهم أنه فيما إذا الزم الناس به . والذي لم يذهب إلى الحظر ، ناظر فيما يبدو إلى أن شريطة قاسم القاضي عندهم العدالة والأمانة والورع : فيبقى الترجيح بين احتمال ضعيف ، هو فساد ذمته ، ومصلحة راجحة ، هي أن يكون للناس قاسم معروف ذو أهلية يكفي اللقن والغرير – والمفسدة المرجوحة لا تلغي المناسبة ، كما هو مقرر في الأصول ، ولذا ، لما لم يشرط الحنفية هذه الشرائط في القاسم أخذوا بحرمة الزام الناس بأن يقسم لهم بأجرة عليهم . ومجرد نصبه لا يستلزم هذا الالزام ، فيظل مطلوبا ، لما فيه من مصلحة ظاهرة . ولا يخفى سداده] .

وفي كلام الشافعية ما يفيد موافقتهم للحنفية في أن للقاضي نفسه أن يتقاضى من المتقاسمين أجرة قسمته بينهم ، إذا تولاها بنفسه . فهذا الرملي ، بعدما قرر أن الامام قد يقسم بنفسه ، يقول : « وانما حرم على القاضي أخذ أجرة على القضاء مطلقا ، لأن الحكم حق الله تعالى ؛ والقسمة حق الآدمي ؛ ولأن للقاسم عملا يباشره فالأجرة في مقابلته ؛ والحاكم مقصور على الأمر والنهي »[٦] .

١١٨ – ويوجد من أهل الفقه من يكره أخذ

---

(١) فتح القدير ٨/٣٥٠ ، ٣٥١ ، رد المحتار ٥/١٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع ٧/١٩ .
(٣) العناية مع فتح القدير ٨/٣٥١ .
(٤) (١١/٥٠٧) .
(٥) الخرشي ٤/٤٠٢ ، ٤٠٥ ، مغني المحتاج ٤/٤١٩
(٦) نهاية المحتاج ٨/٢٧٠ .

الأجرة على القسمة أيا كانت . وهذا مما يروى عن أحمد ، وعليه ابن حبيب من المالكية ؛ وجرى عليه الدردير ، لأنه ليس من مكارم الأخلاق[١]. وهو المتبادر من عبارة المدونة ، إذ تقول : « كان خارجة وربيعة يقسمان بلا أجر ، لأن ما كان من باب العلم لا يؤخذ عليه أجر » . ويقول ابن عيينة : « لاتأخذ على الخير أجرا » . ويستدلون لذلك من الأثر بحديث أبي سعيد يرفعه ــ عند أبي داود : « إياكم والقسامة . قالوا : وما القسامة ؟ قال الشيء يكون بين الناس فينتقص منه » وفي اسناده من ينكر حديثه . لكن روى أبو داود نحوه باسناد جيد عن عطاء بن يسار مرسلا ، وقال فيه : « هو الرجل يكون على الفئام من الناس (أي الجماعات) فيأخذ من حظ هذا ، ومن حظ هذا »[٢] [فلو كانت فيه دلالة لنهض عند من يحتج بالمراسيل . لكنه ليس من أجرة القسمة في شيء ؛ وانما هو في الظلم الخالص الذي يفعله عرفاء العمال في كل زمان : إذ يقتطعون من أجور عمالهم بغير حق ، ويثرون من الحرام في الزمن الوجيز] .

لكن المالكية والحنابلة ــ وفاقا لغيرهم ــ لم يعتدوا بهذا الخلاف واعتمدوا الجواز باطلاق : سواء اكانت الأجرة من بيت المال أم على الشركاء ــ إلا أن المالكية يقيدونهم بالرشداء ، ويكرهون أخذ الاجرة من غيرهم . لكن لا تباح الاجرة للقاسم إلا نظير تولي القسمة ــ أما أن يأخذ الأجرة من المتقاسمين بحكم منصبه ، دون أن يكون هو الذي قسم بينهم ، فهذا هو السحت الذي لا شك فيه ، ولو كان بفرض من القاضي أو الامام[٣].

الطرف الثاني : كيف توزع ؟

١١٩ ــ إذا كانت الأجرة في بيت المال فلا كلام . أما إذا كانت على المتقاسمين لسبب ما ــ كإضاعة من أولى الأمر ، أو عوز في بيت المال ، أو رغبة من المتقاسمين عن قاسم الدولة ، فانه يعرض سؤال هام : كيف توزع الأجرة عليهم ؟ هل توزع على عدد رؤوسهم أم توزع بمقدار أنصبائهم ؟ وهل تكون على من طلب القسمة ومن لم يطلبها أم على من طلبها وحده ؟

١٢٠ ــ الشق الأول من السؤال :

فبالنسبة للشق الأول من السؤال : هل توزع على عدد الرؤوس أم بمقدار الانصباء ؟

هما رأيان لأهل الفقه :

الرأي الأول : على عدد الرءوس : وعليه أبو حنيفة ــ دون صاحبيه ــ وجماهير المالكية ، وبعض الحنابلة ، وهو قول للشافعي ، وهؤلاء يحتجون بأن الأجرة في مقابلة العمل ، وعمل القاسم بالنسبة لجميع المتقاسمين سواء ، إذ هو تمييز الأنصباء ، وما ذاك إلا شيء واحد لا يقبل التفاوت : فتمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل ؛ وإذا لم يتفاوت العمل لم تتفاوت الاجرة . أما الوسائل الموصلة إلى هذا التمييز ، كالمساحة وما تتطلبه من جهد ، والكيل والوزن ، فهذا شيء آخر غير القسمة ؛ وليست أجرة القسمة من أجله ؛ ولذا لو استعان فيه بالمتقاسمين أنفسهم لاستحق أجرته على القسمة كاملة[٤] وربما أضافوا على التنزل : سلمنا أن هناك تفاوتا ، لكن ضبط الأجرة بمقدار الأنصباء غير ممكن ، إذ ليس النصيب الكبير دائما أصعب حسابا ولا النصيب اليسير دائما أيسر . فلا يمكن ضبطها إلا بأصل التمييز[٥].

الرأي الثاني : بمقدار الانصباء : وعليه الصاحبان من الحنفية ، وأصبغ من المالكية ، وعليه عمل المغاربة أخيرا[٦] وأكثر الشافعية والحنابلة ، وهو

---

(١) بلغة السالك ٢/٢٤٠ .

(٢) الفروع ٣/٨٥٢ .

(٣) الخرشي ٤/٤٠٢ ، ٤٠٥ ، المغني ١١/٥٠٧ ، الفروع ٣/٨٥٢ ، ٨٥٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٧/١٩ ، العناية مع فتح القدير ٨/٣٥٢ ، وقارن هذا بما تقدم لغير الحنفية ر : ف/١٠٩

(٥) الخرشي ٤/٤٠٢ ، مغني المحتاج ٤/٢٠٤ ، الانصاف ١١/٣٥٥ .

(٦) التحفة وحواشيها ٢/٧٦ .

معتمدهم وعليه معولهم . وهؤلاء يتعلقون بأن أجرة القسمة من مؤن الملك ، فتقدر بقدره . كالنفقة على المال المشترك من نحو اطعام بهائم وحفر بئر أو قناة ، وحرث أرض أو ريها ، وكيل حب مشترى أو وزنه .

وهذا قياس جلي ، حاول الأولون ابطاله بابداء الفارق إذ قالوا : النفقة في مقابلة الملك ، والأجرة في مقابلة العمل لا الملك [ولكن بلا جدوى ؛ لأنه مع كون الأجرة في مقابلة عمل الأجير ، هي من مؤن الملك نفسه . بلا أدنى ريبة ؛ ولا ظل للتدافع بين هذا وذاك] . أما حجة الأولين فقد كر عليها الآخرون بنقضين قويين :

أولهما : أنها منقوضة بأجرة الحفظ ؛ فانه شيء واحد لا تفاوت فيه ، إذ حفظ الكثير ، هو بعينه حفظ القليل ؛ وليس حفظ اليسير دائما أيسر ومع ذلك فان أجرة الحفظ تكون على الشركاء بقدر انصبائهم .

ثانيهما : أن أحد الشريكين قد يكون له سهم واحد من ألف سهم ، ونصف الأجرة يستغرق قيمة نصيبه بأسره ، فكيف يحمله ، وفي أي منطق عدالة يستقيم مثل هذا [١] ؟

١٢١ — أ — حين يقال تكون الأجرة بمقدار الانصباء يمكن التساؤل : أهي الأنصباء الأصيلة في المال المشترك أم الأنصباء المأخوذة نتيجة للقسمة . مثلا : حين يكون لأحد الشريكين نصف الأرض المشتركة ، لكنه يأخذ بالقسمة ثلثها فحسب ، لأنه أجود ؛ هل يكون عليه نصف أجرة القسمة أم ثلثها ؟

عالج الشافعية هذه المسألة ، وأبدى فيها صاحب المهذب وجهين من غير ترجيح ؛ ورجح المتأخرون أن الأجرة تكون على قدر الحصص المأخوذة [٢] .

(١) بدائع الصنائع ١٩/٧ ، مغني المحتاج ٤٢٠/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٧/١١ .

(٢) المهذب ٣٠٨/٢ ، مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ .

ب — إذا اتفق المتقاسمون على تحمل الأجرة بنسبة مخالفة لقدر أنصبائهم ، وشرطوا ذلك على القاسم فهل هو شرط معتبر أم لاغ ؟

قطع الشافعية باعتباره ، لأنه أجيرهم ، فلا يستحق في أجارة صحيحة إلا ما وقع العقد عليه [٣] . ووافقهم بعض الحنابلة ، لكنهم لأمر ما اعتمدوا بطلان الشرط [٤] . كما قرره الشافعية في توزيع أجرة المثل حين تكون الاجارة فاسدة [٥] .

حـ — إذا أتم القاسم القسمة ، دون أن تذكر أجرة ، فلا أجرة له ، قياسا على القصار يدفع إليه الثوب ليقصره ، ولا تسمى أجرة . — اللهم إلا أن يكون قد قام بالقسمة بتوجيه من الامام أو القاضي فحينئذ تكون له أجرة المثل .

هكذا قرره اكثر الشافعية [٦] وهم منازعون في ذلك تأصيلا وتفريعا حتى بينهم وبين أنفسهم [٧] وحسبك بخلاف مثل المزني وابن سريج . ثم هذا البجيرمي من أواخر متأخريهم يقرر أن القاسم يستحق الأجرة ، وان لم يذكر له الطالب شيئا ، ويقول : أنه مستثنى ممن عمل عملا بغير أجرة [٨] .

د — كيفية استئجار المتقاسمين من يقسم بينهم هي أن يستأجروه كلهم — ولو بواسطة وكيل عنهم — بعقد واحد — ومنه ما لو أستأجره واحد منهم ورضي سائرهم ؛ أو أن يستأجره كل واحد بعقد على حدة لتعيين نصيبه لقاء أجر معلوم . هكذا قرره الشافعية والحنابلة ، إلا أن متأخري الشافعية لم يرتضوا اطلاق الشافعي تصحيح الصورة الأخيرة — بناء على أن كل واحد انما يعقد لنفسه فلا حاجة إلى رضاء غيره — وقيدوه برضاء الباقين ، لان كل عقد على حدة يقتضي التصرف في ملك الغير بغير اذنه . [وهو من قبيل التنطع

(٣) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، المهذب ٣٠٦/٢ .

(٤) مطالب أولى النهى ٥٥٩/٦ .

(٥) نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ ، التجريد المفيد ٣٦٩/٤

(٦) مغني المحتاج ٤٢٠/٤ ، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ .

(٧) المهذب ٤١٠/١ .

(٨) التجريد المفيد ٣٦٩/٤ .

الفقهي ؛ إذ لا رضا أبلغ من اشتراك كل واحد بعقد على حده] . ولعله لذا جزم الماوردي وغيره بما قاله الشافعي[١] . فاذا لم يفعلوا ذلك ، وانما استأجره بعضهم ، فالاجارة قاصرة على المستأجر ، والاجرة عليه وحده[٢].

هـ ـ أجرة الخبير المقوم ، حين يحتاج إلى التقويم ؛ وأجرة كاتب الوثيقة ، على ما أسلفناه من الخلاف في أجرة القاسم : فمن قائل على عدد الرءوس ، ومن قائل على قدر الانصباء[٣] ، والذي استقر عليه مذهب الحنفية (من أقوال ثلاثة ؛ والآخران : ١ـ اطلاق القول بأنها على قدر الاملاك ٢ـ اطلاق القول بأنها على عدد الرؤوس) أن الغرامات ان كانت لحفظ الاملاك ، فالقسمة على قدر الملك ؛ وان كانت لحفظ الأنفس ، فعلى عدد الرؤوس : ويفرعون على هذا الأصل أنه لو خيف غرق ركاب السفينة فاتفقوا على إلقاء أمتعة ، فان الغرم يكون على عدد الرؤوس ؛ وان الغرامات العامة التي تفرضها (الحكومة) على أهل ناحية مثلاً يراعى فيها هذان الاعتباران في كل حالة بحسبها[٤].

١٢٢ ـ الشق الثاني من السؤال

وبالنسبة للشق الثاني : هل تكون الأجرة على من طلب القسمة ومن لم يطلبها أم على من طلبها وحده ؟

هما أيضا طريقتان لأهل الفقه . يحكى الحسن ابن زياد ثانيتهما عن أبي حنيفة ـ وعليها بعض الشافعية ـ نظرا إلى أن الآبي مستضر بالقسمة ومن أجل ذلك أبى ؛ فلا معنى لايجاب أجرة من غير منفعة . لكن الطريقة الأولى (أن الأجرة على الطالب والآبي) هي طريقة الفقهاء عامة ـ عدا هذه القلة القليلة . بل إنها لطريقة أبي حنيفة نفسه في أصح الروايتين عنه . [وكأنهم لم يلتفتوا إلى ملحظ تلك القلة لأنه ليس بلازم ؛ وعلى فرض تحققه فهو ضرر صوري على ما صورناه فيما سلف][٥] ومنفعة الاستقلال بالملك حاصلة بكل قسمة ، وعمل الأجير فيها واقع لكل متقاسم[٦].

الفرع الثاني
المقسوم لـه
شرائطـه

يذكر الحنفية له خمس شرائط :

الشريطة الأولى : طلب الشركاء أو بعضهم :

١٢٣ ـ هذه الشريطة خاصة بالقسمة القضائية . فبدون أن يتقدم واحد من الشركاء على الأقل بطلب القسمة من القاضي لا يجوز له أن يقسم ؛ لأن القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير بغير اذنه ؛ والأصل في هذا الحظر ؛ إلا أنه رخص فيه عند طلب البعض ، دفعا للضرر الواقع عليه ـ بدلالة طلبه ـ من قبل الآبي الذي كان عليه أن ينزل تلقائيا عند أمر الشارع برفع الضرر . فلمثل هذا نصب القاضي ، كما يقضي بالشفعة لطالبها دفعا للضرر عنه ـ وان كان تصرفا في ملك الغير بغير اذنه[٧] بل الذي صرح به صاحب الدر المختار عدم صحة قسمة القاضي بدون تقدم هذا الطلب[٨] [كأنه لأنه حكم بدون دعوى ، وإلا فتصرف الفضولي ينفذ بالاجازة ، كما سلف[٩]]

١٢٤ ـ وليس في هذا نزاع عند أحد من أهل الفقه ، فيما وقع لي[١٠] بيد أن الحنفية والمالكية ينصون على أن الطريق غير النافذ إذا طلب أحد

---

(١) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٧/١١
(٢) نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ .
(٣) الخرشي ٤٠٢/٤ ، مغني المحتاج ٤٢٠/٤ .
(٤) رد المحتار ١٧٨/٥ .

(٥) (ر : ف/٤٤) .
(٦) فتح القدير ٣٥٢/٨ ، الخرشي ٤٠٢/٤ ، بلغة السالك ٢٤٠/٢ ، مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٠٧/١١ .
(٧) بدائع الصنائع ٢٢/٧ .
(٨) رد المحتار ١٦٦/٥ .
(٩) (ر : ف ٩٩) .
(١٠) الخرشي ٤١٢/٤ ، المهذب ٣٠٨/٢ ، مطالب اولي النهى ٥٥٥/٦ .

الشركاء فيه قسمة ، أو طلبها جميعهم ، وهو قابل للقسمة ، فهذا طلب لغو ؛ بل ليس لهم أن يقسموه ؛ لأنه حجر على الناس في انتفاع كان لهم ، ولا أقل من أن يلجأ إليه عند ازدحام الطريق العام [1] وهو خلاف العدالة ، لأنه ملكهم ؛ حتى لقد اضطر المالكية – والحنفية فيما أذكر – إلى أن يناقضوا الواقع فيعبروا بأنه : كملك بصيغة التشبيه ؛ والمشبه غير المشبه به ؛ فما الذي أخرجه عن ملكهم ؟ وقد ذكر ابن رجب الحنبلي في قواعده البديعة خلافا في مرافق الاملاك كلها : أهي ملك أم اختصاص ؛ ونقل عن صاحب المغنى الجزم بأنها ملك[2] وهو مذهب الشافعية فقد جزموا بأنها ملك وبجواز قسمة الطريق غير النافذ[3].

الشريطة الثانية : انتفاء الضرر :

١٢٥ – وهذه أيضا من شرائط القسمة القضائية. وقد وفيناها حقها من البحث عند الكلام على القسمة القضائية[4]. غير أن نظرتهم إلى الضرر الذي لا بد من انتفائه بالنسبة إلى مرافق المال المقسوم تختلف عن نظرتهم إلى الضرر في قسمة المال نفسه :

فمثلا : الطريق[5] بين اثنين ، أو مسيل الماء كذلك ، إذا أراد أحدهما إدخاله في القسمة وأبى الآخر فان القاضي لا يجبر على القسمة - إلا إذا كان يمكن جعله طريقين ، أو مسيلين ، أو كان يسع كلا منهما أن يتخذ لنفسه طريقا أو مسيلا خاصا ، أو يترك على الشركة : كما كان ، أو بحق المرور أو المسيل لأحدهما وملك الرقبة للآخر . ويقدم طالب إزالة العلقة حيثما أمكن[6]. ذلك أن القسمة ما شرعت إلا لتكميل المنفعة ، وفي حالة انتفاء هذه الشرائط تكون القسمة ضررا واضحا ، فلا يليها القاضي[7].

هكذا قرره الحنفية . [ومعناه أن الضرر الذي لا يجبر معه على القسمة إذا كان راجعا إلى المرافق هو مطلق ضرر . وهو يخالف ما قرروه واعتمدوه في غير المرافق من أنه الضرر الذي لا يخص الممتنع ؛ إذ لو طبق أصلهم ذاك هنا : لقيل ينظر إلى طالب القسمة فان كانت لا تتعطل مرافقه هذه بالقسمة أجيب إليها وأجبر الممتنع .

ولكنهم لم يقولوا ذلك ، بل صرحوا بنقيضه أو كادوا فيما لو تمت القسمة فعلا ، ووقع الطريق أو المسيل في نصيب أحدهما ، ولم يشرط للآخر حق استعماله – فقد قالوا إذا لم يمكن هذا الآخر الاستعاضة عنه بغيره تفسخ القسمة دون نزاع[8] : نعم إذا وقع التراضي على ذلك فان الحق لهما لا يعدوهما ، فلهما ما شاءا ؛ ولكن لا يقع مثله من القاضي[9]] .

إلا أن هذا مبني على أصل تفصيله أنه إذا نص القاسم على بقاء الشركة في الطريق أو المسيل بصريح العبارة فهو نافذ ماض – سواء أمكن الاستغناء عنه أم لا ؛ لأنه أثبت فيه لكل حقه بأبلغ وجوه الاثبات . وإذا لم تكن العبارة صريحة ، وانما قال هذا لك بحقوقه : فان أمكن الاستغناء عن الشركة لم تجد هذه العبارة شيئا ، ومنع من ليس الطريق أو المسيل في نصيبه من استخدامه ، تحقيقا لمعنى القسمة – الذي هو تمييز الانصباء ، على الوفاء دون اضرار بأحد ؛ وان لم يمكن الاستغناء عن الشركة ، أفادت العبارة بقاء الشركة في الطريق أو المسيل . فان سكت القاسم ، فخطأ تنقض به القسمة[10]

(١) الاتحاف باشباه ابن نجيم ٤٣٧ ، الخرشي ٤/٢٧٨ .
(٢) ١٩٢ .
(٣) مغني المحتاج ١/١٨٤ .
(٤) (ر :ف/٤١ ومابعدها) .
(٥) اى دهليز الدار : بقرينة ماسلف للحنفية والمالكية في الفقرة ١٢٤ وغيرهم لايحتاج الى هذا التفسير .
(٦) فتح القدير ٨/٣٦٥ ، ف /١٨٣

(٧) بدائع ٧/٢٠ ، ٢١ .
(٨) رد المحتار ٥/١٧٢ .
(٩) بدائع ٧/٢٠ .
(١٠) البحر الرائق ٨/١٧٤ ، العناية مع فتح القدير ٨/٣٦٤ ، تحفة السمرقندي ٣/٢٨٥ .

والذي ذكره الحاكم الشهيد أن الحقـوق لا تحتاج إلى تنصيص على بقاء الشركة فيها ، كما لا يحتاج دخولها في الاجارة إلى تنصيص[١] .

١٢٦ — والذي قرره الحاكم الشهيد هو ما عليه عامة الفقهاء القائلين بأن القسمة بيع . وإذن فلا معنى للتفريق بين التنصيص الصريح وغير الصريح على بقاء المرافق مشتركة وهذا هو معنى قولهم : « أن الحقوق تدخل في القسمة » أي أن كل واحد من المتقاسمين يملك نصيبه بحقوقه ، كالبيع تستتبع فيه الدار طريقها — ما لم يشرط خلافه ، إذ « الشرطُ أملَكُ » « والمؤمنون عند شروطهم » [٢] إلا أنه إذا اقترن شرط الحرمان من المرفق بتعذر الحصول عليه من ناحية أخرى فهنا يطلق المالكيةالقول ببطلان القسمة،سواءأكانت قسمة اجبار أم تراض ؛ ولا يذهبون إلى بطلان الشرط ، وصحة القسمة ؛ ذهابا إلى أن القسمة أضيق من البيع : ولذا يشترط فيها ما لا يشترط في البيع من اتحاد الجنس والتساوي في القيم . قالوا وللشرط قسط من المقسوم ، فلو صحت القسمة دونه دخلها الغبن : إلا أن يكون ثَم شرطان فاسدان متعادلان ومتقابلان فقد يمكن حينئذ القول ببطلان الشرط وصحة القسمة [٣] .

ولذا لما اختلفت كلمة الحنابلة في القسمة يقع بها الطريق في أحد النصيبين ، وليس للآخر سواه ، بين مطلق القول ببطلان القسمة ، ومصحح لها مع بقاء الطريق مشتركة ، قال ابن رجب في قواعده : ويتجه أن يقال : إن قلنا القسمة افراز بطلت ؛ وان قلنا بيع صحت ، ولزم الشريك تمكينهمن الاستطراق : ولم يبال باعتمادهم اطلاق البطلان ، وتعليلهم أياه بأن القسمة تقتضي التعديل ، والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له تقريبا[٤].

١٢٧ — وقد أجاب ابن القاسم في المدونة عن مسألة تقع كثيرا وخلاصة جوابه أن الطريق المشترك يبقى مشتركا بعد القسمة ولو جُد له استطراق أكثر لمستحق جديد له طريق آخر . فقد سأله سحنون : أرأيت لو أن دارا بين رجلين اقتسماها ؛ ولرجل في جنبهم دار لصيقة أحدِ النصيبين ، فاشترى هذا الرجل النصيب الذي هو ملاصقه ، ففتح بابا في هذا النصيب ، وأحدث الممر — ممر داره — في طريق هذا النصيب ؛ فأبى عليه صاحب النصيب الآخر ذلك ؟

فأجاب : قال مالك في هذه المسألة بعينهـا ، ليس له أن يمنعه ، إذا كان انما جعل في النصيب الذي اشترى ليرتفق بذلك هو ومن معه ، ممن سكن من ولده ، ويتوسع بالنصيب ، ويكون ممره فيه — وان كان انما أراد أن يجعلها سكة نافذة للناس ، يدخلون من باب داره ، فيخرجون إلى النصيب ، ويمرون في النصيب إلى مخرج النصيب، حتى يتخذ ممرا ، شبه الممر في الزقاق ، فليس له ذلك .

فعاد سحنون يسأله : أرأيت إن أسكن معه غيره ، أو آجر الدار ، أيكون لهم أن يمروا في النصيب ، كما كان ؟

فأجاب ابن القاسم : نعم . وانما رأيت من كراهة مالك أن يجعلها سكة نافذة فقط[٥].

لكن خالف الحنفية في الجزئية الأخيرة اذ منعوا مرور غير صاحب الدار وأهله[٦].

من أمثلة الضرر

١٢٨ — ومن أمثلة الضرر المانع من قسمة الاجبار التي ضربها الحنفية :

(١) الكفاية مع فتح القدير ٣٦٥/٨ .
(٢) عند ابي داود والحاكم من حديث داود بن رباح عن ابي هريرة ، ضعفه ابن حزم ، وعبد الحق،وحسنه الترمذي . (لكنه صحيح معنى على كل حال) (تلخيص الحبير ٢٣/٣) .
(٣) الخرشي ٤٠٩/٤ .
(٤) قواعد ابن رجب ٤١٦ ، مطالب اولي النهى ٥٦٥/٦ ، الانصاف ٣٦٧/١١ ، المغني لابن قدامة ٥١٤/١١، ٥١٥
(٥) المدونة الكبرى ٢٣٨/١٤ .
(٦) البدائع ٧٩/٧ .

أ – إذا أعار رجل أرضه ، أو آجرها ، لاثنين ليبنيا بها داراً مثلاً ثم غاب صاحب الأرض ، وأراد أحد الرجلين أن يقتسما البناء ، فانه لا يجاب إلى ذلك قضاء ؛ لأن الأرض بعد القسمة تكون باقية بينهما على الشيوع الأول ، فينتفع كل بحق صاحبه ؛ وهذا ضرر لا يدخل فيه القضاء .

أما إذا تراضيا على القسمة ، أو حتى على الهدم واقتسام الأنقاض والمحتويات ، فذلك لهما[١] .

[وهذا يتمشى مع أصول غير الحنفية – عدا القائلين بأن الضرر لا يمنع الاجبار على القسمة ، كبعض الشافعية] .

ب – زرعٌ بين رجلين في أرض بأيديهما بطريق الاجارة أو الاعارة ، وطلب أحدهما قسمة الزرع ؛ أو كانت الأرض ملكا لهما وطلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض ؛ لا يجيبه القاضي . لأن الزرع ان كان قد بدا صلاحه وسنبل ؛ فان قسمته تمتنع للجهل بالتماثل في بيع الربوي بمثله ، إذ كانت القسمة في معنى البيع ؛ وان كان بقلاً حقيقة كالكراث ونحوه ، أو حكماً لأنه – وان كان حبا – لم يزل قصيلا لم يبد صلاحه ، فان صحة قسمته تتوقف على شرط قطعه ، وهو ضرر لكلا الشريكين ، لا يدخل فيه القضاء . فان قسماه بهذا الشرط على التراضي بينهما ، فذلك لهما ، وقد رضيا بضرر أنفسهما ثم ان تراضيا بعد القسمة على ترك الزرع إلى أن يدرك ، فلا بأس ، لأنه انتفاع بحق الغير باذنه . أما أن يشترطا ذلك في القسمة اشتراطا ، فمعناه اشتراط انتفاع كل منهما بحق شريكه ، لأن الأرض أو منفعتها مشتركة بينهما على الشيوع ، وذلك يفسد القسمة ؛ كما لو وقع نظيره في البيع ، فانه يفسده . وبمثل ذلك كله يقال في طلع[٢] بين اثنين تراد قسمته دون النخل والأرض[٣] .

وقد نص المالكية على بطلان هذه الصور كلها إلا بشرط القطع فيما لم يبد صلاحه[٤] ولكنهم لم يتعرضوا لقضية الاجبار ، ومنعُه في قسمة الضرر – بل مطلق الضرر – من أصولهم المقررة[٥] وقد علمنا فيما سلف[٦] رأي الشافعية والحنابلة في صحة القسمة في هذه الصور أو عدم صحتها بالنسبة للزرع : وانه لا تصح قسمة ما بدا صلاحه ولا ما لم يبد صلاحه عند الشافعية لمكان الجهالة ؛ وان الحنابلة يوافقون فيما بدا صلاحه ، ويخالفون فيما لم يبد أو كان بقلا – إذ يجيزون قسمته تراضيا لا اجبارا .

أما بالنسبة لقسمة الطلع ، فلا خلاف أنه يمتنع الاجبار عليها لمكان الضرر عند القائلين بهذا الأصل : امتناع الاجبار للضرر .

الشريطة الثالثة

١٢٩ – البينة على إرث العقار المدعى إرثه :

وهي من الشرائط الخاصة بالقسمة القضائية ، ومن وجهة نظر أبي حنيفة دون صاحبيه : إلا أن يكون في الورثة غائب لا وكيل له أو صغير لا ولي له ، وفي يد الغائب أو الصغير أو أمينه كوديع أكثر من نصيبه ، فان القسمة تمتنع حينئذ ، ما دامت الحالة كذلك ولو أقيمت البينة ؛ بلا خلاف بين الامام وصاحبيه – على رواية الجامع الصغير ، وهي التي اقتصر عليها القدوري وصححها صاحب الهداية – لأنها تتضمن قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٠

(٢) في المصباح : الطلع بالفتح ما يطلع من النخلة ، ثم يصير ثمرا ان كانت انثى ، وان كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريا ، ويترك على النخلة اياما معلومة حتى يصير فيه شيء ابيض ، مثل الدقيق ، وله رائحة ذكية ، فيلقح به الانثى .

(٣) بدائع الصنائع ٧/٢٠

(٤) الخرشي ٢٠٧/٢

(٥) [ر : ف ٦٥]

(٦) [ر : ف ٢٢ ، ٢٣]

من يده ، دون أن يكون عنه خصم حاضر ؛ وان كان أمينه حاضرا ، لأن أمين الخصم ليس خصما فيما يُستحق عليه ؛ والقضاء من غير خصم لا يجوز . أما على رواية المبسوط ، فإن القاضي يقسم إذا طلبت القسمة بشرائط الاجبار ، لكن بعد اقامة البينة على الميراث وعدد الورثة اتفاقا أيضا ؛ إذ تثبت بها ولاية القاضي في التركة ، والورثة يخلفون الميت في الميراث – ولذا يردون بالعيب ويرد عليهم ما اشتراه أو باعه – فينتصبون خصما عنه ، ويخاصم بعضهم عن بعض . وإلا فقلما تقسم تركة ، لأن الورثة يكثرون ، وقلما يحضرون مكتملين ؛ وهذا ضرر بالغ لا يقره الاسلام[١].

لكن هل يقسم القاضي حينئذ[٢] بالبينة مطلقا ؟ أم هناك قيود وتفصيلات ؟

الذي قرره صاحب البدائع – وهو ظاهر الرواية – انه يفرق بين حالتين :

١٣٠ – الحالة الأولى : أن يحضر من الورثة اثنان فصاعدا .

ولو كان أحدهما صغيرا ؛ ويُعَدُّ الموصى له كوارث ، ويقيم البينة على الوصية له[٣].

وفي هذه الحالة يقسم القاضي بعد إقامة البينة ، وبعد أن ينصب عن الصغير وصيا – ان كان هو أحد الاثنين اللذين لم يحضر سواهما ؛ لأن الاثنين يمكن جعل أحدهما خصما تقام عليه البينة والآخر مدعيا يقضي له بها . ثم يجعل القاضي نصيب كل من الصغير والغائب عند الوصي أو الوكيل الذي يقيمه من أهل الأمانة .

١٣١ – الحالة الثانية : أن يحضر واحد من الورثة لا غير :

وفي هذه الحالة ليس للقاضي أن يجيب إلى طلب القسمة . لأن الواحد لا يمكن أن يكون مدعيا ومدعى عليه ، باعتبارٍ واحد في وقت واحد[٤].

وفي الذخيرة مثله . ولكنها حكت عن أبي يوسف رواية أخرى أن القاضي يقسم مطلقا ، إلا أنه في حالة ما إذا كان الحاضر من الورثة واحداً فحسب ، يقيم عن الغائب خصماً ، ويسمع البينة ، ثم يقسم بعد ذلك . وقد أشاروا إلى أن وجه هذه الرواية هو القياس على ما إذا ادعى أجنبي دينا على الميت ، وليس للميت وارث ولا وصي ؛ إذ كان مسلما أن القاضي يقيم هناك عن الميت وصيا – فليكن كذلك هنا . ولكنهم ردوه بأن تلك دعوى على الميت وحده ؛ والدعوى هنا مزدوجة : فهي دعوى على الميت ، اعتبارا ما بقي له في التركة من حكم الملك ؛ ودعوى على الغائب من الشركاء ، باعتبار ماله من حق الانتفاع بنصيب الطالب بحكم الشيوع – إذ القسمة ابطال لهذا وذاك . فاذا ساغ للقاضي أن ينصب الوصي بالاعتبار الأول ، لم يسغ بالاعتبار الثاني ؛ والحاظر مقدم[٥].

١٣٢ – فيما عدا هذا الاستثناء يشجر النزاع بين الامام وصاحبيه في اثبات هذه الشريطة ونفيها : إذ يثبتها الامام وينفيها الصاحبان . فعنده : لا يقسم القاضي حتى تقيم الورثة البينة على موت المورث ، وسبب الوراثة (في رأي) ، وعدد الورثة[٦]. وعندهما: يقسم بمجرد اقرارهم ، ويُشهد على ذلك في الصك ، أي كتاب القسمة (محضرِها أو سجلها) أي يشهد على أنه انما قسم باقرارهم ، ولم يقض على أحد سواهم ، لئلا يتعدى أثر الحكم إلى غيرهم . وعلى كل حال إذا كان في الورثة غائب لا وكيل له أو صغير لا ولي له (وليس بيده أكثر من نصيبه) فان القاضي بلا خلاف يقيم وكيلا أو وصيا من أهل الأمانة يتولى قبض النصيب وحفظه[٧] .

---

(١) فتح القدير ٨/٣٥٦ ، بدائع الصنائع ٧/٢٣
(٢) اذا جرينا على رواية المبسوط
(٣) بدائع الصنائع ٧/٢٤
(٤) بدائع الصنائع ٧/٢٣
(٥) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٥٦
(٦) رد المحتار ٥/١٧٠
(٧) فتح القدير ٨/٣٥٥

١٣٣ – ومن حجة الامام : القياس على دعوى الاستحقاق على الميت . بجامع أن في قضاء القاضي بكلٍّ ابطالاً لحق الميت – إذ التركة قبل القسمة مبقاةٌ على حكم ملكه ، بدليل أن الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه ، فتقضىٰ منها ديونه وتنفذ وصاياه ؛ واقرار الورثة ليس حجة عليه ، فلا بد من البينة[١] .

وسيأتي للصاحبين نقضه في ضمن دليل الخلف ؛ مع بقية معارضتهم له .

١٣٤ – ومن حجة الصاحبين :

أولا – القياس على المنقول ، إذ لا خلاف أن القاضي يقسمه بمجرد اقرار الورثة بإرثه ، بجامع أن قسمة كلٍّ منهما صادفت محلها الصحيح ،وهو الملك المشترك الثابت دون تهمة أو منازع – وهذا متحقق في كلا الموضعين (المقيس والمقيس عليه) لأن اليد دليل الملك ظاهرا ، والاقرار يجافي تهمة انتفائه ، والفرض أن لا منازع .

وقد أجابوا عن أبي حنيفة :بأنه قياس مع الفارق ، لأن المنقول يخشى عليه التلف ، فيحتاج إلى الحفظ ، والقسمة نوع منه ، ولا كذلك العقار إذ هو محفوظ بنفسه[٢] .

ثانيا – القياس على العقار غير الموروث كالعقار المشترى ، بنفس الجامع الآنف الذكر .

وردوه عن أبي حنيفة بأن القسمة تُبطل حق الميت كما تبين[٣] ولا تبطل حق البائع ، إذ لا حق له في المبيع بعد تسليمه ؛ فهو قياس مع الفارق: صادفت القسمة في المقيس عليه محلها فصحت ، ولا كذلك هي في جانب المقيس[٤] .

ثالثا – وهو دليل خلف : أي ثبات الدعوى بابطال نقيضها : لو احتيج إلى بينة لتصح القسمة وتلزم الاجابة إليها لكان ثَمّ منكِر – لأنها تحتاج إلى من تقام عليه ، ولا تقام إلا على منكر – والتالي باطل ، إذ الفرض أن جميع الورثة مقرون .

ولكنهم منعوا الملازمة بمنع دليلها : وقالوا إن البينة تقام هنا من بعض الورثة على بعض وان كانوا مقرين ، فليس حتما في كل موضع يحتاج إلى بينة أن يكون ثَم منكر ؛ إذ لا ينازع الصاحبان أن الوارث أو الوصي إذا أقر بدين على الميت لا يقضي به إلا ببينة ، ولا منكر .

لكن لا يخفى أن هناك غير مقر في هذا السند وهم الورثة أو بقيتهم ، وربما يكون ثم دائنون[٥] .

١٣٥ – موضع الخلاف بين الامام وصاحبيه هو العقار يدعى ملكه بطريق الإرث – كما ترجمناه[٦] وبعبارة أخرى فرض مسألة الخلاف أن الشركاء ادعوا عند القاضي ملك مال بأيديهم ، وبينوا سبب الملك بأنه الإرث ، وكان هذا المال عقارا لا منقولا ، وطلبوا من القاضي القسمة .

ومعنى ذلك انه إذا كان الامام وصاحباه قد اختلفوا هنا في موضع ، فانه لا خلاف بينهم في أربعة مواضع :

١٣٦ – الموضع الأول : أن لا يدعي الشركاء الملك بل مجرد اليد :

فاذا أقاموا البينة على أن العقار بأيديهم ، وطالبوا القاضي بقسمه بينهم ، فان القاضي لا يجيبهم حتى يقيموا البينة على الملك أيضا .

ذلك أن الأصل في الأملاك أن تكون بيد المُلاك ، فاذا ثبتت اليد فقد سلم هذا الأصل ، ثم إذا انضم إليه ادعاء الملك[٧] منذ البدء اضمحل احتمال كون العقار للغير حتى لا اعتداد به ، لأنه احتمال بغير دليل ، ويكفي

---

(١) فتح القدير ٣٥٢/٨ ، ٣٥٣ ، بدائع الصنائع ٢٣/٧ .
(٢) بدائع الصنائع ٢٣/٧ رد المحتار ١٦٩/٥ ، زادوا –ولكنه غير مسلم من قبل الصاحبين – ان القول بصير مضمونا بعد القسمة على قابضه بخلاف العقار (فتح القدير٣٥٤/٨)
(٣) (ر : ف ١٣٣) .
(٤) بدائع الصنائع ٢٣/٧ ، فتح القدير ٣٥٤/٨

(٥) بدائع الصنائع ٢٣/٧ ، العناية مع فتح القدير ٣٥٢/٨ ، ٣٥٤ .
(٦) (ر : ف /١٢٩) .
(٧) اي بغير الميراث عند ابي حنيفة ، كما علم مما مضى (ر : ف ١٢٩)

أن الدعوى يعضدها الظاهر فتقبل مجردة من غير حاجة إلى بينة الملك نفسه .

أما إذا فُقدت هذه الضميمة ، ولم يتعرض الشركاء للملك بادعاء منذ بداية الدعوى ، فان مجرد ترك هذا التعرض ، مع العلم بأن قسمة العقار لا تكون إلا بالملك[1]، يثير التهمة ، فيقوى احتمال كون الملك للغير ، وان المال بأيديهم لسبب آخر كعارية أو إجارة — ولذا فليس للقاضي أن يقسم بينهم حينئذ حتى يقيموا بينة الملك أيضا . وليس يجديهم أن يعودوا فيدعوا الملك بعد أن كانت دعواهم خلوا منه ، فقد ثارت التهمة وقضي الأمر[2] .

١٣٧ — الموضع الثاني : أن يدعي الشركاء مطلق الملك : لما بأيديهم — سواء أكان منقولا أم عقارا — ولا يذكروا أنه كان لغيرهم وانتقل إليهم بسبب ما . وهنا يقسم القاضي بينهم بناء على طلبهم وبمجرد اقرارهم بالملك ، دون حاجة إلى بينة بثبوته ؛ لأنه باجتماع اليد والاقرار بالملك وعدم المنازع يتوفر للقسمة محلها الصحيح ؛ ثم انها حينئذ لا تتضمن قضاء على أحد آخر إذ المفروض أن ليس ثَم اقرار بانتقال الملك عن الغير ، مع ملاحظة أن على القاضي هنا أمرين : أ — التثبت من أنه ليس بين الشركاء كبير غائب ، لأن غيره لا ينوب عنه في هذا الموضع ، ولو القاضي نفسه[3]

ب — أن يشهد في صك القسمة على واقع الحال من انه انما قسم باقرارهم ، وانه لم يقض على أحد سواهم[4].

١٣٨ — الموضع الثالث : أن يبينوا سبب الملك بغير الميراث : كأن ذكروا انه انتقل إليهم بطريق الشراء . وهنا أيضا يقسم القاضي بينهم — بشريطة ألا يكون فيهم كبير غائب — اتفاقا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، دون حاجة إلى بينة . سواء أكان المال منقولا أم عقارا . وان كان قد روى عن أبي حنيفة أنه لا يقسم العقار إلا ببينة — لأنهم أقروا بملك البائع وادعوا الشراء : فالاقرار يسلم ، والدعوى تحتاج إلى بينة . وقد فرق أبو حنيفة في ظاهر الرواية بين الإرث والشراء ، بأن القسمة تبطل حق الميت ، ولا تبطل حق البائع ، إذ لا حق له في المبيع بعد تسليمه[5] .

١٣٩ — الموضع الرابع : أن يبينوا سبب الملك بالميراث في المنقول [6] :

وهنا لا تطلب منهم البينة بلا نزاع . أما عند الصاحبين فلما سلف[7] وأما عند أبي حنيفة، فلحاجة المنقول إلى الحفظ .

وقد عرفنا أن الورثة يخاصم بعضهم عن بعض ، فيكفي حضور اثنين يكون أحدهما خصما عن الميت أي مدعى عليه ، ويكون الآخر خصما عن نفسه وعن بقية الورثة أي مدعيا . فلا يضير حينئذ أن يكون ثم غائب كبير بعد حضور اثنين ، بل لا يضير أن يكون أحد الاثنين الحاضرين صغيرا ينوب عنه وليه أو الوصي الذي

---

(١) عبارة العناية ملخصة : « قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة ، لا لحق اليد من اجل الحفظ والصيانة ، لاستغناء العقار عن ذلك » والشق المنفي في كلامه يشعر بانه لوكان المال منقولا لكفى ثبوت اليد عليه ليجيب القاضي الى قسمته ، دون حاجة الى دعوى الملكية . وقد حاولت العثور على نص صريح في المذهب فلم اجد الا ان قول الحنفية ان اليد تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق قد يشير الى عكسه .

(٢) نتائج الافكار ٨/٣٥٥ .

(٣) هل يقيد هذا ماتقدم مناه من الدر المختار وحواشيه (ر : ف ٩٩) ام وجه الجميع ما يأتي في الفقرة ١٤٢ فراجعها

(٤) فتح القدير ٨/٣٥٤ ، بدائع الصنائع ٧/٢٢ ، ٢٣ .

(٥) بدائع الصنائع ٧/٢٣ .

(٦) منه البناء والشجر (رد المحتار : ٥/١٦٩) .

(٧) (ر : ف/١٣٤) .

ينصبه القاضي عنه [١] ثم يحفظ القاضي نصيب الغائب عند أمين [٢].

المذاهب الأخرى

١٤٠ – لا توجد هذه التفصيلات والتشقيقات العديدة عند أحد من فقهاء المذاهب الأخرى. بل منهم من يطلق القول باشتراط البينة: وهؤلاء هم المالكية وجماهير الشافعية؛ لأن القسمة حكم بثبوت الملك؛ واليد لا تثبته – انما تثبت التصرف – فيحتاج إلى البينة، وان لم يكن ثم منازع. واعتذروا عن هذا قائلين: وتسمع البينة هنا مع علم سبق دعوى لمكان الحاجة، وحيطة للحقوق، لئلا يدعى الملك بسبب قسمة القاضي، لو قسم بمجرد الدعوى [٣]. وينص المالكية على تفاصيل الشهادة المطلوبة في حالة الميراث: فلا بد من اثبات موت المورث، وملكه للمقسوم إلى أن مات، وسبب الوراثة [٤] وعلى أن اقرار المدين كاف [٥] ومنهم من يطلق القول بعدم اشتراطها ما دام الفرض أن طلب القسمة متفق عليه بين جميع الشركاء – أما عند امتناع بعضهم من القسمة فلا بد من البينة على أن المال ملك مشترك لهم جميعا؛ لأن القسمة حينئذ حكم على الممتنع [٦]: وهؤلاء هم الحنابلة، وبعض الشافعية كامام الحرمين، فعند هؤلاء تكفي اليد، دون حاجة إلى بينة ليكون للقاضي أن يقسم، إذا طلبت إليه القسمة، لأنها دليل الملك ظاهرا ولا منازع؛ ولذا يجوز بمقتضاها التصرف في المال وبيعه وشراؤه واجارته واستئجاره، فكذا قسمته – وان كانت حكما، لأن القاضي سيثبت في سجل القسمة انه انما قسم باقرار الشركاء، وان كل ذي حجة على حجته [٧].

الشريطة الرابعة: رضا الشركاء أو من يقوم مقامهم

١٤١ – وهذه شريطة خاصة بقسمة التراضي؛ لأن معنى البيع فيها أظهر، وانما البيع عن تراض. فاذا كان الشركاء نافذي التصرف اعتبر رضاهم أنفسهم، لأنهم أهله، ووكيل الغائب يغني عنه. وان كانوا محجورين، فرضا الولي أو الوصي بشريطة أن تكون القسمة في مصلحتهم، لأنهما يملكان البيع فيملكان القسمة. فان لم يكن ولي ولا وصي، أقام القاضي وصيا لأجل توفير هذه الشريطة. فان امتنع ولي أو وصي أو شريك ما، فالقاضي يعطي كل ذي حق حقه فيقسم إذا طلبت منه القسمة، مع توفر شرائط الاجبار. ومعلوم أن الاجازة تقوم مقام الرضا، على ما فيها من خلاف مشهور [٨].

وهذا في جملته مما لا خلاف فيه [٩]. إلا أنه تبرز في تفاصيله بعض الخلافات أو الزيادات اليسيرة: فشريطة أن تكون القسمة في مصلحة المحجور، لم يعتبرها الشافعية إلا عندما يكون ولي المحجور هو الذي بدأ بطلب القسمة. أما حين يطلبها غيره فان عليه أن يجيب، ولو لم تكن القسمة كذلك، وكفى أنها بطبيعتها صلاح لا شك فيه من قبل الاستقلال بالتصرف بعدها (١٠).

أما المالكية فقد اعتبروا هذه الشريطة (كون القسمة في مصلحة المحجور) بل وكلوا تقديرها إلى القاضي بالنسبة للصغار: فيرفع إليه الوصي الأمر وهو يرى الأصلح فيشير على الوصي

---

(١) تصحيح الدعوى يتوقف على حضور اثنين: فـلا يكفي حضور واحد والإنابة عن الآخر. فاذا صحت بحضور اثنين، فان الانابة تكون لمجرد القبض (رد المحتار ٥/١٧٠)

(٢) بدائع الصنائع ٧/٢٤، فتح القدير ٨/٢٥٥.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٧٧، مغني المحتاج ٤/٤٢٦، التجريد المفيد ٤/٣٧٣، ٣٧٤.

(٤) التحفة وحواشيها ٢/٧٢.

(٥) الخرشي ٤/٤٠٤.

(٦) الشرح الكبير ١١/٥٠١.

(٧) المغني لابن قدامة ١١/٤٨٩، التجريد المفيد ٤/٣٧٣

(٨) بدائع الصنائع ٧/٢٢، [ر: ف/٩٩]

(٩) الخرشي ٤/٤٠١، مغني المحتاج ٤/٤٢٤، مطالب اولي النهى ٦/٥٤٩، ٥٥٠.

(١٠) الرشيدي على نهاية المحتاج ٨/٢٦٩.

بتنفيذه : قسمة أولا قسمة[١] وكل ما شرطه الحنابلة عدم الغبن أو المحاباة . وعبارتهم : « من غير زيادة في العوض »[٢] [وهذا هو المفهوم من عبارة صاحبي الهداية والعناية من الحنفية في قسمة القاضي عن القاصر والغائب إذ يقولان : « لأن فيها نظرا للغائب والصبي ، لظهور نصيبهما مما في يد الغير »[٣] فلم يعتبرا مصلحة زائدة] .

لكن نص الشافعية على أن الولي لا يقاسم المحجور لنفسه لمكان التهمة : سواء أكانت القسمة بيعا أم محض تمييز حقوق[٤] وهو الذي جرى عليه خليل من المالكية وشهره في الوصي ، تبعا لوصايا المدونة ، فيلجأ إلى القاضي ليقسم هو ، وإلا فلا قسمة — اللهم إلا إذا انتفت التهمة بأن جمع النصيبين (نصيبه ونصيب المحجور) معا على الشيوع عندما يكون ثم شريك آخر أو أكثر وهذا استثناء نص عليه المالكية [٥] ، [وأصول الشافعية تقتضيه ، كما قالوه في أحد الشركاء إذا وكله شريك آخر في القسمة عنه[٦]] .

نعم زعم ابن العربي والقرطبي أن المشهور عند المالكية أن للوصي أن يقاسم محجوره مطلقا بشريطة ألا يحابي نفسه[٧] .

وفي كلام الحنفية ما يفيد جواز مقاسمة الأب محجوره استحسانا لا قياسا ، لتصريحهم بمثل ذلك في البيع[٨] وجواز مقاسمة الوصي إياه عند أبي حنيفة حيث كان للمحجور نفع ، لا عند الصاحبين قياسا على الوكيل : هذا في وصي الأب . أما وصي القاضي ، فلا ، على كل حال ، لأنه وكيل[٩] كما أن منهم من يمنعه في العقار بإطلاق[١٠] وعبارة الأشباه مطلقة هكذا : « وقسمة الوصي ما لا مشتركا بينه وبين الصغير ، تجوز ان كان فيها نفع ظاهر عند أبي حنيفة ، خلافا لمحمد . كذا في القنية[١١] .

١٤٢ — وإذا لم يكن للغائب وكيل، فقد نص المالكية ، والشافعية[١٢] والحنابلة[١٣] على أن القاضي يقسم عنه ، ولو قربت غيبته . وان كان من المالكية من يقول تنتظر عودته ، ان لم يكن بمكان بعيد عرفا[١٤] وهو خلاف ما عليه الحنفية من أن القاضي لا يقسم عن الغائب[١٥] ، ولو بعدت غيبته — وان كانت قسمته عنه لا تنقض عند الحنفية ، لأنها في محل الاجتهاد[١٦] .

كما انه إذا لم يكن ولي القاصر حاضرا ، فان الحاكم يقوم مقامه ، بسبب غيبته على أحد الوجهين عند الحنابلة ، وذكروا أنه الصواب[١٧] . وهي عبارة المالكية ومقصودهم ما يشمل إقامة وصي عليه ، من قبل القاضي كما عبر الحنفية[١٨] ، ويزيدون أنه إذا لم يكن حاكم ، فجماعة المسلمين من أهل البلد[١٩] . ويجيء مثل هذا أيضا إذا لم يكن للغائب وكيل .

---

(١) الخرشي ٤/٤١٧
(٢) المغني لابن قدامة ١١/٥١٥ .
(٣) فتح القدير ٨/٣٥٥ .
(٤) مغني المحتاج ٤/٤٣٦ .
(٥) وقيدوه بقسمة التراضي اذ هي التي يجوز عندهم فيها الجمع بين حظين ولا يلتفت احد الى هذا القيد .
(٦) مغني المحتاج ٤/٤١٨ .
(٧) التحفة وحواشيها ٢/٧٢ .
(٨) البحر الرائق ٨/٥٢٧ .

(٩) مجمع الانهر ٢/٧٢٥ .
(١٠) در المنتقى ٢/٧٢٦ .
(١١) الاتحاف بأشباه ابن نجيم ٤٣٧ .
(١٢) نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ .
(١٣) الانصاف ١١/٣٤٥ .
(١٤) بلغة السالك ٢/٢٤٥ .
(١٥) الا في الميراث عند الحنفية كما سلف (ر: ف ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٩) .
(١٦) بدائع الصنائع ٧/٢٢ .
(١٧) الانصاف ١١/٣٤٥ .
(١٨) هناك حالة يشترط فيها الحنفية حضور الصغير لتصح اقامة وصي عنه وهي حالة ما اذا كان تصحيح الدعوى يتوقف عليه (الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٥٧) (ر :ف ١٣٩).
(١٩) بلغة السالك ٢/٢٤٥ .

١٤٣ – ومن أهم ما نبه عليه المالكية :

١ – أن ملتقط الصغير كوليه ، ما دام في كنفه .

٢ – وان صاحب الشرطة لا يقسم عن أحد : صغيرا أكان أم كبيرا ، غائبا أم حاضرا – إلا إذا أمره القاضي ، فانه إذن يكون نائبا عنه . نعم يرى ابن حبيب منهم أن له أن يقاسم عن الصغار –ان كان عدلا[١] وهذا يوجد في كلام الحنفية أيضا بصورة مجملة[٢].

٣ – وأن الوصاية الحكمية – أعني التي يقضي بها العرف الجاري : مثل أن كبير الأخوة أو العم يقوم مقام الأب – كالحقيقية[٣].

١٤٤ – ولكن هل يكفي الرضا مرة واحدة أم أنه قد يحتاج إلى تكرار ؟ يقول الشافعية إن التراضي المطلوب لتصح قسمة التراضي يكفي تحققه مرة واحدة إذا لم تستخدم القرعة في توزيع الأنصباء : كأن اتفق الشريكان على أن يأخذ أحدهما هذا الجانب ، والآخر الجانب الآخر ؛ دون عوض من خارج (معدِّل) أو معه إذا اقتضى الأمر في مقابل زيادة ان كانت .

أما إذا استخدمت القرعة فقد ضعفوا رأيا عندهم يطرد القول بالاكتفاء بالتراضي مرة واحدة ، واعتمدوا أنه لا بد من التراضي مرة أخرى بعد خروج القرعة وبعبارة صريحة كأن يقولا : رضينا بما أخرجته القرعة ، أو رضينا بهذه القسمة ، أو بهذا ؛ لأن الرضا أمر خفي فكان لا بد أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه .

١٤٥ – [وهذا بين بنفسه حيث تكون القسمة من قبيل البيع – كما في قسمة الرد ؛ وكما هو المختار في قسمة التعديل – لأن البيع لا يحصل بالقرعة فيحتاج إلى التراضي بعدها ؛ بل اعتمد قيل عندهم وعند الحنابلة – ولم يعتمدوه – لا بد أن يكون هذا التراضي بلفظ البيع أو التمليك . أما في قسمة الإفراز (قسمة المتشابهات) فالمرجع فيها عند الشافعية أنها محض تمييز حقوق ، وكان مقتضى هذا أن يستغنى فيها عن إعادة التراضي بعد خروج القرعة ؛ ولكنهم طردوا الباب على وتيرة واحدة ، كما يقولون ، واشترطوا فيها ما اشترطوا في غيرها من تكرار التراضي[٤].

١٤٦ – ويوافق الحنابلة على ضرورة هذا التكرار في حالة واحدة وهي ما إذا قسم الشركاء لأنفسهم وأجْروا القرعة ؛ لأنه إذن لا حاكم بينهم ولا من يقوم مقامه – ومن ذلك ما إذا كان القاسم الذي نصبوه هم أنفسهم ليقسم بينهم غير مستوف لشرائط قاسم الحاكم ، تنزيلا لوجوده حينئذ منزلة العدم . أما إذا كان على العكس من ذلك ، أي مستوفيا لشرائط قاسم الحاكم ، فانه يعتبر عندهم كالمحكم وتلزم قسمته بمجرد قرعته دون حاجة إلى مزيد تراض[٥].

الشريطة الخامسة :

حضور الشركاء أو من ينوب منابهم[٦]

١٤٧ – وهذه شريطة عامة ، تراعى في قسمة الاجبار ، كما تراعى في قسمة التراضي . وقد عرفنا في الشريطة الرابعة من هم الذين يقومون مقام الشركاء . إلا أن الحنفية – وصيغة هذه الشريطة مستقاة منهم – لا يعتبرون القاضي ممن يقوم مقام الغائب الكبير : ولذا يصرحون بأنه إذا كان في الشركاء بغير ميراث[٧] غائب كبير لا وكيل له لا يقسم القاضي ولا

(١) الخرشي ٤/١٧ .
(٢) البحر الرائق ٨/١٧٠ .
(٣) بلغة السالك ٢/٢٤٥ .

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٢٤ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ ، التجريد المفيد ٤/٣٧٢ ، القواعد لابن رجب ٤١٣ .
(٥) المغني لابن قدامة ١١/٥٠٦ .
(٦) كان ينبغي ان يزاد « او اجازتهم بالنسبة لقسمة التراضي بمراعاة لمعتبرى الاجازة ومنهم الحنفية انفسهم (ر : ف ٩٩ ، ١٥١) .
(٧) تقدم انه في الميراث يخاصم الورثة بعضهم عن بعض فيكفى حضور اثنين منهم ويكون بمثابة حضور الجميع بالنسبة لتصحيح الدعوى ثم يقسم القاضى (ر : ف/١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٩) .

غيره — وان كان القاضي لو قسم عنه لا تنقض قسمته[1] وهو قول عند الحنابلة لكنهم يعتمدون كسائر الفقهاء أن القاضي أو الحاكم يقسم على الغائب اجبارا ، كان له وكيل حاضر أم لم يكن ، ويعزل نصيبه ؛ كما يقسم عنه تراضيا إذا لم يكن له وكيل[2] وفي ذلك يقول ابن القاسم في المدونة : « الذي قال مالك في الغائب يدعى عليه في الدور والأرضين ، انما قال مالك يستأني به . وأما أهل القسم فيقسم عليهم (يعني القاضي) وان كان غائبا »[3].

الفرع الثالث
المقسوم

شرائطه

١٤٨ — الشرائط التي يمكن استخلاصها من كلام فقهائنا بالنسبة للمقسوم كثيرة العد ، حتى لقد تبلغ اثنتي عشرة شريطة أو تزيد . وقد تعرضنا في ثنايا أبحاثنا السالفة لسبع منها بما فيه بلاغ . وهذه السبع هي :

١ — اتحاد الجنس
٢ — اتحاد صنف المنقولات
٣ — زوال العلقة بالقسمة
٤ — أن لا تنقص القسمة قيمة المقسوم
٥ — تعذر إفراد كل صنف بالقسمة
٦ — عدم الجمع بين نصيبين
٧ — عدم الرد .

وكلها في قسمة الاجبار ، وان شئت فقل : القسمة القضائية الاجبارية[4] .

أما الخمس الباقية فكما يلي :

١٤٩ — **الشريطة الثامنة : أن يكون المال المشترك عينا أو منفعة :**

فلا تصح قسمة الدين ، اتحد أو تعدد ، تراضياً ولا اجباراً . وهذه الشريطة ذكرها الحنفية والشافعية وخالفهم في اعتبارها الحنابلة فجوزوا قسمة الدين باطلاق . وكذلك المالكية ، إلا أنهم انما يجوزون قسمة الدين الواحد تراضياً لا إجباراً ، لأنه لا تتصور فيه القرعة : كذا قالوا . [والمفهوم من مقابلته عندهم بمنع قسمة الديون في الذمم المتعددة — أو كما يقولون : « قسمة المدينين » ، لأنه أدق في مقصودهم ، على تساهل فيه — أن الديون في الذمة تقسم . وإذن لا يسلم لهم عدم تصور القرعة[5].]

١٥٠ — **الشريطة التاسعة : أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة :**

وهذه الشريطة متفق عليها بين الذين يشترطون انتفاء الضرر في قسمة الاجبار ، وقد عرفناهم فيما سلف[6] فان انتفاء الضرر في القسمة هو معنى قابلية محلها لها . إلا أنه ينبغي التنبه هنا إلى أن من أهل الفقه من يقصر هذه الشريطة على قسمة الاجبار ؛ ولا يرى بأسا من حيث الصحة بتراضي الشركاء على أية قسمة ضارة : وهؤلاء هم الحنفية والشافعية والحنابلة[7] — على كلام لبعض الحنفية أسلفناه[8]. ومنهم من يعممها في قسمي الاجبار والتراضي ، إذا بلغ الضرر حد الفساد ، أعني بطلان المنفعة بطلانا تاما أو ما هو بسبيل من ذلك ، كما في قسمة خاتم خسيس : وهؤلاء هم المالكية ؛ فالخيار عندهم في حالة الفساد بين أمرين لا ثالث لهما : إما الابقاء على الشركة أو البيع ؛ وفي حالة الضرر الأقل بين هذين وثالث هو : قسمة التراضي[9].

١٥١ — **الشريطة العاشرة : أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة :**

هذه شريطة عامة في كل قسمة لا تخص نوعا دون نوع . وقسمة ولي المحجور ليست له بل

(1) بدائع الصنائع ٧/٢٢ .
(2) الانصاف ١١/٣٤٥ ، الخرشي ٤/٤١٧ ، نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ .
(3) المدونة ١٤ /١٩٤ .
(4) [ر : ف/٤١ وما بعدها] .
(5) [ر : ف/٢٤] .
(6) [ر : ف/٦٣ مع تعليق١٢] .
(7) فيما قرره صاحب المغني ١١ /٤٩٦ .
(8) [ر : ف/٦٩] .
(9) الخرشي ٤/٤٠٩ ، ٤١٢ ، بلغة السالك ٢/٢٤١ .

للمحجور نفسه وهو المالك . فالفضولي الذي لا ملك له ولا ولاية لا نفاذ لقسمته حتى يجيزها المالك الصحيح التصرف أو من ينوب عنه نيابة شرعية صحيحة[١] فالقسمة تقبل الاجازة — حتى عندبعض من لا يقبلون الاجازة عادة ، كالشافعية : فقد نصوا عليها في القسمة على الغائب ، وإن جعلوا نفاذ القسمة بعد إجازتها من حين الاجازة فحسب ، فكل تصرف قبلها باطل[٢]. بل يقول المالكية : إن الذي لا يحضر القسمة من الشركاء ، ثم لا يغيرها (لا ينكرها) عن قرب بعد علمه بها ، تلزمه ، ويكون هذا الريث إقراراً لها[٣].

ومن هذه الشريطة يفهم أن المرهون عند دائنَين ليس لهما أن يقتسماه بينهما ليستقل كل منهما برهن على حدة ؛ وهل يمنع رهن المال المشترك من قسمه بين مالكيه ؟ يتفرع الجواب على الخلاف في القسمة : أهي بيع أم محض تمييز حقوق — فان كانت بيعاً ، امتنعت القسمة ، وإلا جازت ونفذت[٤].

١٥٢ — ويزيد في وضوح اعتبار هذه الشريطة أن تعريف القسمة هو تمييز الأنصباء ؛ ولا نصيب لأحد فيما لا يملك — مهما شجر بعد ذلك من نزاع .

ومن ثم ينص الحنفية والمالكية على أن التركة المستغرقة بالدين لا تقسم بين الورثة ، لأنها ليست لهم ؛ فاذا اقتسموها وأجاز الغرماء ، ثم بدا لهم فعدلوا — فقد نص الحنفية على أن ذلك لهم ، واستثنوه من قاعدة عدم جواز الرجوع في الاجازة[٥]. [وقد كان ينبغي أن لا يخالف فيه أحد ، لأنه نص القرآن نفسه : « من بعدِ وَصِيةٍ يوصى بها أو دَين » [٦] ؛ حتى انه لما خالف الشافعي وأحمد ، واعتبرا الدين المستغرق غير مانع من انتقال التركة إلى الورثة وصحة قسمتها بينهم — حتى إذا قضوا الدين لم تنتقض هذه الصحة [٧] — وجدنا من اتباعهما ، وغير أتباعهما كأشهب المالكي ، من يغلوا في الرفض إلى حد اعتبار الدين غير المستغرق مانعاً من هذا الانتقال، بل لعله ليس غلواً إذا نحن التزمنا بدقائق النص الألهي] . (والأساس الفقهي لهذا الخلاف هو : هل دَين الميت باق في ذمته ؟ أم انتقل إلى ذمة الورثة؟ أم إلى عين التركة[٨]) ؟

وتنبنى على هذه الشريطة أحكام الاستحقاق بجميع تفاصيلها . ولكنا نرجئها إلى موضعها في الفصل الخامس ان شاء الله .

١٥٣ — الشريطة الحادية عشرة :

حضور المقسوم ، أو وصفه .

هذه شريطة تفرد بعض الفقهاء بذكرها . وعللوها باحتمال أن يكون المقسوم قد زال من الوجود ، ولا أقل من أن يكون قد تغير إلى نقص أو زيادة . ومنهم من استثنى ما علم ، ولم تمض على العلم به مدة يقوى احتمال التغير فيها . ومنهم من يستغنى بالوصف عن الحضور والمشاهدة قياسا على البيع عند القائلين بذلك فيه . وهذا الأخير هو الذي جرى عليه المالكية ، لأن هذا الأصل المشار إليه في البيوع هو أصلهم [٩] لكن بشريطة أمن التغير ذاتا وسوقا بحسب العادة : بأن يكون مكان المال المقسوم ليس من البعد بحيث لو ذهب إليه في الحال لكان قد تغير[١٠].

١٥٤ — عدم الشرط الحرام

كشرط أن لا ينتفع أحد المقتسمين بنصيبه أصلا ، أو أن لا يكون له في طريق العقار المقسوم

---

(١) بدائع ٧/٢٤ .
(٢) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ .
(٣) التحفة وحواشيها ٢/٧١ .
(٤) قواعد ابن رجب ٤١٣ .
(٥) الاتحاف باشباه ابن نجيم ٤٣٧ ، الفتاوى الهندية ٥/٢٢١ ، الخرشي على خليل ٤/٤١٥ .
(٦) سورة النساء ١٠ ، ١١ .
(٧) وافق الحنفية والمالكية على انه اذا قضى الدين مضت القسمة على الصحة واعتبر متناقضا مع اصلهم في تعلق الدين بعين التركة : كما لاحظه الطحطاوى من الحنفية (ر : ف ٢٢٧) .
(٨) الخرشي ٤/٤١٥ ، ٤١٦ ، منهاج الطالبين بتعليق السراج ٢٢٢ ، الانصاف ١١/٣٦٥ ، ٣٦٦ .
(٩) بلغة السالك ٢/١٣ .
(١٠) الخرشي وحواشيه ٤/٤٠٣ ، بلغة السالك ٢/٢٤٠ .

شيء ، ولا سبيل إلى طريق سواه . ذكر هذا بعض الفقهاء . [وهم يفرعون على أن القسمة بيع ؛ فقد يخالفون في بطلان القسمة في المثال الثاني : فان الحنفية مثلا يصححون البيع على هذا النحو . وعلى العموم فان اطلاق هذه الشريطة لا يستقيم إلا بناء على أن النهي يقتضي الفساد باطلاق وهي مسألة أصولية شهيرة،المرجح فيها غير ذلك] .

نعم نص الحنفية على أن القسمة تبطل بالشروط الفاسدة[١].

الفصل الثالث

قسمة الأعيان

١٥٥ ــ الأعيان جمع عين . والمراد بها هنا ما قابل الدين والمنفعة . أما الدين فقد علمنا الخلاف في قسمته[٢]. وأما المنفعة فسيأتي بحث قسمتها في الفصل السادس ، ان شاء الله .

والأعيان تنقسم إلى عقار ومنقول : فالعقار : هو الأرض ــ سواء كانت زراعية أم غير زراعية . والمنقول ما عداها كالثياب والأواني والحيوان والمزروعات . وقد نص الحنفية على أن البناء والشجر من قبيل المنقول : لكنهما يتبعان الأرض في القسمة ، والأرض لا تتبعهما فمن وقع في نصيبه من قسمة الأرض شيء منهما فهو له ، بخلاف العكس[٣].

١٥٦ ــ والشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية على هذا كله[٤] . ولكنه خلاف ما عليه المالكية من اعتبار كل من الأرض والبناء والشجر عقارا . وعبارة ابن رشد في بداية المجتهد : « العقار من الدور والحوانيت والبساتين[٥] » .

واللغة تؤيدهم ففي المصباح : « والعقار مثل سلام : كل ملك ثابت له أصل : كالدار والنخل » ، كما نص المالكية على أن كلا منهما يتبع الآخر في بيعه ، ما لم يمنع من ذلك شرط أو عرف[٦] .

فلنلحظ هذا كله ، ولنأخذ العقار بالمعنى اللغوي ليستقيم على المذاهب كلها .

ثم كل من العقار والمنقول إما أن يكون لا تفاوت بين أجزائه وهو المتشابه ، أو يكون بينها تفاوت على ما أسلفنا من بيان[٧] . ونريد هنا أن نعرف ما يقع في كل من هذه الأعيان وما لا يقع من أنواع القسمة الّتي سبق بيانها ، وكيف تكون قسمتها . فلنعقد إذن ثلاثة فروع :

١ ــ في قسمة العقار
٢ ــ في قسمة المنقول المتشابه
٣ ــ في قسمة المنقول غير المتشابه .

ثم لنقفّيها بفرع رابع في مسائل منثورة لها اعتبارات خاصة .

الفرع الأول

قسمة العقار

وهو ينتظم مطلبين : ١ ــ إلى ماذا تتنوع قسمته في مجال التطبيق العملي ؟ ٢ ــ كيف يقسم ؟ بقرعة أم بدونها ؟

المطلب الأول

إلى ماذا تتنوع قسمته

١٥٧ ــ قسمة العقار يمكن أن تكون افرازا أو تعديلا أو ردا ، كما يمكن أن تكون جمعا أو تفريقا وجبرا أو تراضيا . ذلك أنه قد يكون في محل واحد ، وقد يكون في محالّ متعددة :

١٥٨ ــ **ففي المحل الواحد** : قطعة الأرض المتشابهة الأجزاء بلا أدنى تفاوت كالّتي تخلو من البناء والشجر وهي درجة

(١) الاتحاف بأشباه ابن نجيم ٤/٤٢٥ .
(٢) [ر : ف/١٤٩] .
(٣) رد المحتار ٥/١٦٩ ، المجلة العدلية م ١١٦٣ ، مجمع الأنهر ٢/٤٢٠ .
(٤) نهاية المحتاج ٨/٢٧١ ، مغني المحتاج ٤/٤٢٤ ، الباجوري على ابن قاسم ٢/٤١٧، دليل الطالب١٤٠،١٠٨.
(٥) [٢/٢٥٧]

(٦) [الخرشي ٤/٩٠]
(٧) [ر :ف/٢٤ وما بعدها] .

سواء من جودة التربة أو رداءتها لا تحتاج قسمتها إلى أكثر من ذرعها ومعرفة مساحتها – حتى عند المالكية ، على ما اعتمده متأخروهم[١]، وان كان الأكثرون على أن التعديل في غير المثليات لا يمكن إلا بالقيمة – ثم تمييزها أنصباء متساوية ، إذا تساوت حقوق المتقاسمين ، أو سهاما متساوية بقدر النصيب الأقل . وهذا هو معنى القسمة بالأجزاء أو قسمة الإفراز .

وهكذا يمكن أن تقسم افرازا أيضا إذا كان في كل جانب من جوانبها من البناء أو الشجر مثل ما في الآخر بحيث يعرف تساوي الأنصباء من غير تقويم[٢].

فاذا تفاوت البناء أو الشجر ، أو تفاوتت جودة الأرض ورداءتها فليس يمكن تعديل الأنصباء وتسوية السهام إلا بواسطة التقويم وإذن تكون القسمة قسمة تعديل ، بل قد يحوج الأمر إلى الاستعانة بعوض من خارج المال المشترك (معدِّل) يدفعه واحد من المتقاسمين أو أكثر ليتعادل نصيبه مع سائر الأنصباء ، وقد يتفق المتقاسمون على ذلك دون ملجىء – وإذن تكون القسمة قسمة رد[٣] .

وهي على كل حال قسمة تفريق لأن الفرض اتحاد المحل[٤]. وقدعلمنا فيماسلف[٥]طريقةمن يمنع الإجبار على قسمة الرد إلا ضرورة أو بلا استثناء ، ويقبله في قسمة الإفراز وفي قسمة التعديل بشرائط خاصة ؛ وطريقة من يقبل الإجبار بكل حال ؛ أو يمنعه بكل حال .

إلا أنه حيث يكون في الأرض بناء ، فان الحنفية يقولون : لا بد لكي يعدل المقسوم على سهام القسمة – من شيئين : ١ – التوصل إلى معرفة المساحة ٢ – تقويم البناء[٦].

[وكان المتبادر منه أن الأرض – إذا كان الفرض تساويها – تقاس ولا تقوم ، وان البناء يقوم ولا يقاس] ولكن متأخريهم يفسرون ذلك بأن معناه : أن يقاس ويقوم كل من الأرض والبناء ؛ لأن تعديل سهام المقسوم يحتاج إلى معرفة ماليته ، ولو بأَخَرَةٍ بالنسبة إلى الأرض . ومعرفة هذه المالية تتوقف على معرفة مساحة وقيمة كل من الأرض والبناء[٧].

١٥٩ – وفي المحال المتعددة : كالدور والأراضي والبساتين : يمكن أن تجمع هذه كلها في قسمة واحدة ، اتحد نوعها أم اختلف – على ما أسلفناه في بيان اتحادالنوع واختلافه[٨]– وتعدل الأنصباء بالقيمة ، فتكون القسمة قسمة جمع : إلا أن هذا لا يكون إلا في قسمة التراضي عندما يختلف النوع أو الجنس ، كتركة بعضها دور وبعضها أراض زراعية معتادة وبعضها حدائق ؛ أو كلها حدائق ، لكن بعض الحدائق كروم وبعضها رمان أو برتقال أو تفاح أو ما شاكل ذلك .

أما عند اتحاد النوع ، فان القسمة – وهي قسمة جمع ، لتعدد المحل – تقبل الإجبار ؛ على خلافات في التفاصيل قدمناها[٩] . كما قدمنا أن من أهل العلم من يعكس القضية فيجبر على قسمة الاجناس والأنواع المختلفة قسمة جمع إذا طلبها أحد الشركاء ، ولا يجيز التفريق إلا باتفاقهم

---

(١) بلغة السالك ٢ /٢٣٩ .
(٢) [ر :ف ٣٤ وما بعدها] .
(٣) [ر : ف ٣٤ وما بعدها] .
(٤) [ر :ف /٩٢ وما بعدها] .
(٥) [ر : ف ٤٣ ، ٤٩ ، ٦٣ ، ٧١]
(٦) فتح القدير ٨/٣٦٢ .

(٧) رد المحتار ٥/١٧٢ .
(٨) [ر : ف/٧٣ وما بعدها] .
(٩) [ر : ف /٤٩ ومابعدها] .
مع ملاحظة ان غير المالكية على انه اذا امكنت قسمة كل عين على حدة فلا اجبار على قسمة الجمع[رف٥٠،٤٠، ٦٢ ، ٧٠ ، ٧٢] وعندئذ يعود الكلام الذى قدمناه عند اتحاد المحل . اما في قسمة الجمع فلا يمكن الا قسمة التعديل او الرد ، ولاتتأتى القسمة بالاجزاء لانتفاء التشابه .

المطلب الثاني
كيف يقسم ؟
بقــرعــة أم بدونهــا ؟

وفيه طرفان :

١ — في الجواب المباشر على هذا السؤال

٢ — في تتمة له تتعلق بمشروعية القرعـــة ومقدماتها وكيفيتها :

الطرف الأول :

١٦٠ — في كل هذه المواطن يمكن أن تقع القسمة بقرعة ، وان تقع بدونها ، سواء أكانت قسمة تراض أم اجبار . لأن تعيين القاسم المجبر لكل نصيب على حدة كاف كما سيجيء[١] إلا أن استعمال القرعة سنة متبعة اتقاء للتهمة — إلا أن يصر المتقاسمون عليها ، فقد نص بعض الشافعية على وجوبها حينئذ[٢]. نعم لا اجبار في غير المثلى عند المالكية إلا بقرعة[٣]. وفي كلام بعض الحنابلة ما يشير إليه ، كقول صاحب الشرح الكبير في قسمة عرض الجدار : « ويحتمل أن لا يجبر ؛ لأنه لا تدخله القرعة ، خوفا من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلي ملك الآخر »[٤]بل هو صريح مذهبهم ، كما نصوا عليه[٥].

كما أن تراضي المتقاسمين على توزيع الأنصباء بينهم بكيفية ما يمكن أن يتم بدون أن يستعينوا بقرعة . بل دون تعديل أو تقويم أصلا ما دام المحل ليس ربويا ؛ بل وان كان ربويا بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق[٦]. بل عند المالكية وبناء على أنها بيع إذا دخلاعلى التفاضل البين كفدان فاكهة في نظير فدانين لخروجها حينئذ من باب البيع

(١) [ر : ف /١٦٢] .
(٢) الشرقاوي على التحرير ٢/٤٩٩ .
(٣) التحفة وحواشيها ٢/٦٩ .
(٤) [١١ /٤٩٦] .
(٥) الفروع ٣/٨٥٤ .
(٦) بدائع الصنائع ١٩/٧ ، رد المحتار ٥/١٧٢،١٧٤ التحفة وحواشيها ٢/٧٠ ، ٧١ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ .

المبني على المهارة التجارية ومحاولة الغلب من كلا الجانبين إلى باب المنيحة والتطول[٧] .

١٦١ — لكن المالكية يشترطون لجواز القرعة شرائط معينـــة :[٨]

١ — أن تكون فيما تماثل أو تجانس[٩] ، ليقل الغرر

٢ — أن لا تكون في مثلى متحد الصفة أي مكيل أو موزون أو معدود[١٠].

٣ — أن لا يجمع فيها بين نصيبين ، إذ لا ضرورة[١١].

ويوافقهم ابن تيمية في الشريطة الثانية[١٢][ولا يخفى تأثير الشريطتين الأولى والثالثة في موضوعنا هذا ، بل والشريطة الثانية باعتبار علتها — إذا جرينا على طريقة بهرام في قسمة العقار المتشابه الأجزاء بالمساحة دون تقويم ؛ إذ تمتنع القرعة حينئذ كذلك] .

الطرف الثاني

القرعة[١٣] : مشروعيتها ، ومقدماتها ، وكيفيتها :

أولا — مشروعيتهــا :

١٦٢ — القرعة مشروعة في القسمة بلا خلاف عند أحد من أهل الفقه وان اختلفوا في مشروعيتها في غير القسمة[١٤]والحنفية مع المنازعين في مشروعيتها

(٧) بلغة السالك ٢/٢٤٢ ، حواشي الخرشي ٤/٤٠٩.
(٨) ثانيتها مبنية عند المالكية على معتمدهم لا على القول بدخول القرعة في المثليات[بلغة السالك ٢/٢٣٩].
(٩) [ر :ف /٧ المذهب الثالث ، ف/٥٨ ومابعدها]
(١٠) لعدم الحاجة باستثناء الحليّ لتفاوت الاغراض فيها [بلغة السالك ٢/٢٣٩] ومنهم من يطل امتناع القرعة في قسمة المثليات بانها تعتمد التقويم [حواشي الخرشي٤/٤٠١]ولافرق الا انها علة تحتاج الى اخرى ان لم تكن من تعليل الشيء بنفسه] .
(١١) الخرشي ٤/٤٠١ ، بلغة السالك ٢/٢٣٩ .
(١٢) الفروع ٣/٨٥٤
(١٣) في محيط المحيط : القرعة : السهم والنصيب . والقاء القرعة حيلة يتعين بها سهم الانسان او نصيبه [وهي مستعملة في لسان اهل الفقه بمعنى هذه الحيلة نفسها] .
(١٤) البحر الزخار ٤/١٠٨ .

إلا في القسمة وما يجري مجراها [١] . وهم يقولون في ذلك : أنها قمار لتعليق الاستحقاق على خروجها ؛ لكن هذا المعنى منتف في القسمة ، لأن القاسم المجبر لو عين لكل واحد نصيبه ، دون قرعة ، لكفى ، إذ هو في معنى القضاء ــ لكن ربما يتهم بالمحاباة ، فيلجأ إلى القرعة ، لئلا تبقى ريبة . ولذا جرى العمل بها منذ عهد النبي صلوات الله عليه حتى يوم الناس هذا ، فهي سنة عملية مجمع عليها[٢] .

وهناك أربعة أدلة أخرى تدل على مشروعية القرعة في حالات تطييب النفوس ، كما هنا . والأخيران مبنيان على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه :

أ ــ اقراعه صلوات الله عليه بين نسائه ليصحب في سفره من خرجت قرعتها : كما في الحديث المتفق عليه واللفظ للبخاري عن عائشة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها ، خرج بها »[٣]. فان ذلك كان تطييبا لنفوسهن ، إذ ليس لهن عند السفر حق في قسم .

ب ــ حديث عمران بن حصين عندالجماعة ــ إلا البخاري « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ، ثم أقرع بينهم : فأعتق اثنين وأرق أربعة »[٤].

حـ ــ قوله عز اسمه : « فساهم فكان من المدحضين »[٥] إذ ما كان ذلك من يونس صلوات الله عليه إلا ذبا للريبة عن نفسه ، وتأبيا من نسبة ما لا يليق إليه ، لو ألقى بنفسه في الماء مبادرة دون قرعة . فانه كان يعلم باديء ذي بدء أنه المقصود .

د ــ قوله عز اسمه : « وما كنت لديهم إذ يُلقون أقلامَهم أيُّهم يكفُل مريم ، وما كنت لديهم إذ يختصمون »[٦] فقد كان زكريا يعلم بأنه أحق بكفالة مريم لمكان خالتها عنده ؛ وانما صار إلى القرعة تطييباً لنفوس مزاحميه[٧].

ثانيا ــ مقدماتها :

وفي ضمنها كيفية القسمة دون قرعة :

١٦٣ ــ أ ــ تصحح مسألة القسمة حسب قواعد التوريث ، ولو لم تكن مسألة ميراث .

١٦٤ ــ ب ــ يجزأ المال الذي تراد قسمته أجزاء متساويةبعدد السهام التي تصحمنها المسألة ــ وتسمى لذا باسم السهام ــ دون استعانة بتقويم ان أمكن ، أو مع الاستعانة به ، فقد يُعْدِلُ جزءٌ من موضع ثلاثة أجزاء من آخر ، ودون رد عوض خارجي (معدِّل) أو معه ــ على ما مر منتفصيل وخلاف[٨] ومعنى ذلك أنه يجزأ أجزاء متساوية ذاتا أو قيمة بعدد الأنصباء ، إذا تساوت تلك الأنصباء ، أو بعدد مخرج النصيب الأقل ان صحت منه المسألة (وعبارتهم : على أقل السهام) : فاذا كان الشركاء ثلاثة على التساوي : أي لكل واحد الثلث جزئ المال ثلاثة أجزاء متساوية ؛ وان كان لأحدهم النصف ، وللثاني الثلث ، وللثالث السدس ، يجزأ أسداسا : أي ستة أجزاء على التساوي ؛ وان كانوا في التركة زوجا وأما

(١) ذكر الناطفي ان القرعة ثلاث :
آ ــ لا تثبت حق البعض وابطال حق البعض وهذه باطلة. كما اذا طلق احدى امرأتيه ، ثم أقرع لتعيين المطلقة .
ب ــ لتطييب النفوس وهذه جائزة ، كالقرعة بين الزوجات لتعيين من يبدأ بها في القسم او يصحبها في السفر .
جـ ــ لاثبات حق واحد في مقابلة مثله ، فيفرز بها حق كل واحد منهما وهذه جائزة [الفتاوى الهندية ٥/٢١٧] [وكان بوسعه ان يدمج القسم الثالث في الثاني] .
(٢) فتح القدير ٨/٣٦٣ .
(٣) تلخيص الحبير ٣/٢٠٣ .
(٤) نيل الأوطار ٦/٤٢ .

(٥) ١٤١ سورة الصافات .
(٦) ٤٤ سورة آل عمران
(٧) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٦٣ .
(٨) [ر : ف/٣٢ وما بعدها] .

وابنا ، فان المال يجزأ اثني عشر جزءا على التساوي ؛ وهكذا[١] .

١٦٥ — ح — يعلم كل جزء (سهم) بعلامة مميزة ، والترقيم أيسر وسيلة : فترتب على التوالي ابتداء من أحد طرفي المقسوم — فهذا هو الأول ، وهذا الذي يليه هو الثاني ، وهذا بجواره هو الثالث ، إلى آخر ما هنالك . وهذا الترتيب مفوض لرأي القاسم عند الشافعية[٢]. ومعهم الحنفية ، إلا أنه لا بد عندهم أن يشرط القاسم على المتقاسمين قبول الترتيب الذي يضعه[٣] [وهذه الشريطة تجعل الأمر بأيدي المتقاسمين في الحقيقة] .

١٦٦ — د — تجري القرعة ليعين لكل واحد نصيبه[٤] . ولكن كيف ؟

ثالثا — كيفية القرعة :

١٦٧ — ليس في كلام أحد من أهل الفقه الزام بكيفية خاصة ، إلا ما عند بعض الشافعية من أنها لا تصح بأشياء مختلفة : كدواة وقلم وحصاة ؛ أو بنادق غير مستوية وقد ردوه على قائليه بأن الفرض أن الذي يخرج القرعة لا يدري ماذا تعني هذه وماذا تعني تلك ، بل ربما لا يدري شيئا أصلا ، فان غفلته مطلوبة ، ويفضل أن يكون طفلا صغيرا ، كما هو المذهب[٥].

ولذا يصرح الحنابلة بأن القرعة تصح كيفما كانت ، وبأي شيء ، ولو بالخواتم أو الحصا بعد وضع علامة مميزة على كل واحد منها ، لأن هذا كاف في حصول المقصود ، وهو تمييز الأنصباء[٦].

إلا أن هناك ثلاث كيفيات اشتهرت في كلام الفقهاء :

الكيفية الأولى :

١٦٨ — أن تكتب أسماء المتقاسمين في بطاقات من الورق مثلا لكل واحد بطاقة ؛ ثم تدرج كل بطاقة في بندقة [٧] من نحو شمع أو طين ؛ ثم توضع تحت ساتر ما ، كأن توضع في كيس ؛ ثم تخرج واحدة واحدة ، ويقرأ ما بها : فمن خرج اسمه أولا ، فله السهم الأول ، ويضاعف له مما يليه ان كان أقل من نصيبه — حتى يستوفيه على اتصال ؛ ومن خرج اسمه ثانيا فله السهم الذي يلي نصيب الأول — ويضاعف له ، كما مضى ، ان لم يكفه ؛ وهكذا حتى ننتهي إلى البندقة الأخيرة ، فلصاحبها ما بقي .

هكذا ذكر الحنفية والمالكية هذه الكيفية وظاهر كلامهم ، هنا وفيما يأتي من بقية الكيفيات ، أن الذي يتولى إدراج البطاقات في البنادق وإخراجها هو القاسم نفسه[٨]. وليس في كلام غيرهم ، كالشافعية والحنابلة ما يمنعه ، ما دام لا يميز البطاقات بعضها من بعض ؛ لأن هذا هو مقصودهم حين قالوا ؛ « توضع البنادق

---

(١) بداية المجتهد ٢/٢٦٧ ، مغني المحتاج ٤/٤٢٢ ، المغني لابن قدامة ١١/٥٠٤ .
وفي القانون المدني المصري اذا تعذرت التجزئة على اصغر الحصص لنقص القيمة كثيرا او تناثر النصيب الواحد فحينئذ لا مفر من التجنيب اى افراز نصيب لكل واحد والزامه به دون قرعة ، اذا لا تمكن القرعة حينئذ . وكلامهم في قسمة الاجبار، وقد كان القانون المدنى المصرى القديم يمنع التجنيب الا عن تراض (الوسيط للسنهوري ٨/٩٢٢ ، ٩٢٩) .
(٢) مغني المحتاج ٤/٤٢٢ .
(٣) بدائع الصنائع ٧/١٩ .
(٤) ويقول الحنفية ان القاسم في قسمة الاجبار ينبغى له قبل اجراء القرعة ان يصور العقار الذى يقسم مجزءا مرقما ليرفعه الى القاضى فقد يريد مباشرة القرعة بنفسه ان لم يكن قد امره بمباشرتها (الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٦٢) .

(٥) مغنى المحتاج ٤/٤٢١ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٢ .
(٦) مطالب أولي النهى ٦/٥٦٠ .
(٧) قطعة من الشمع او العجين او الطين او اى مادة قابلة للتشكل ، تجعل بشكل بندقة فتسمى باسمها . وفي المصباح البندق : المأكول معروف .. والبندق ايضا مايعمل من الطين ويرمى بـه ، الواحدة بندقة وجمع الجمع بنادق .
(٨) فتح القدير ٨/٣٦٣ ، البحر الرائق ٨/١٧٣ ، الخرشي ٤/٤١١ .

في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج ، ويؤمر بإخراج واحدة واحدة[١].

وربما وقع في كلام بعض الحنفية والمالكية اعتبار القاء البندقة أو وضعها قبل قراءتها على السهم الذي أخرجت من أجله ، كما اتفق لصاحب الكفاية ، والخرشي من المالكية . ولكن المقصود يتحقق بدون ذلك ، ولذا أهمله الطوري من الحنفية ، ومَرَّضَه ابن رشد من المالكية[٢] بل إن إدراج البطاقات في بنادق ، ليس إلا مبالغة في نفي التهمة . ولو اكتفى بطي الأوراق ، دون أن يكون في ظاهرها ما يميز بعضها من بعض ، لكان فيه بلاغ كما هو مفهوم مما صدرنا به الكلام على القرعة[٣] ولذا أغفل ابن رشد ذكر البنادق[٤] .

الكيفية الثانية :

١٦٩ — أن تكتب الأجزاء (السهام) في البطاقات — بدل أسماء الشركاء — بعلاماتها المميزة (كالجزء الشرقي ، أو الغربي ، أو الأوسط ؛ أو الجزء المجاور لدار فلان أو أرضه ؛ أو الأرقام ، وهي أسهل وأفضل : هكذا : ١ ، ٢ ، ٣ الخ) كل جزء (سهم) في بطاقة على حدة ؛ وتدرج في بنادق أو لا تدرج ، كما أسلفنا في الكيفية الأولى ؛ وتخبأ إن احتيج إلى ذلك أو يكتفى بطيها ؛ ثم تخرج واحدة بعد أخرى : وكلما خرجت واحدة أعطيت لأحد المتقاسمين ، ان لم يكن عين لها قبل اخراجها ، فيكون له الجزء الذي بها — مع ملاحظة أن من له عدة أجزاء (سهام) تكون له بطاقات بعدد الأجزاء التي يستحقها . فمثلا : إذا كانوا ثلاثة ، لواحد النصف ، وللثاني الثلث ، وللثالث السدس ، تكون البطاقات ستا : ثلاث منها لصاحب النصف ، وثنتان لصاحب الثلث ، وواحدة لصاحب السدس.

١٧٠ — وهذه الكيفية قد يترتب عليها تفريق النصيب الواحد ، إذا تفاوتت الأنصباء : ويرفضها من أجله في حالة تفاوت الأنصباء الحنابلة وبعض الشافعية[٥] ولم يذكرها الحنفية على أية حال . وانما تقبلها المالكية وجماهير الشافعية بشريطة تفادي تفريق النصيب الواحد : ففي المثال الآنف الذكر ، لا يبدأ باعطاء صاحب السدس أو الاخراج على اسمه ؛ لأنه قد يصادف حينئذ الجزء الثاني أو الخامس ، فيتفرق نصيب صاحب النصف أو الثلث — وقد نص الشافعية على أن تعيين من يبدأ به من المتقاسمين ، أو الأجزاء ، عند اجراء القرعة منوط بالقاسم وما يراه[٦] — بل يبدأ بصاحب النصف ثم صاحب الثلث ، أو بالعكس ، فيوفي كل منهما نصيبه على اتصال ؛ ثم يكون الباقي لصاحب السدس[٧]. على أن الكيفية الأولى مفضلة عند الجميع .

الكيفية الثالثة : وقد ذكرها المالكية .

١٧١ — أن تكتب أسماء المتقاسمين ، كل اسم في بطاقة أو أكثر بعدد ما يستحقه صاحبه من الأجزاء ؛ وتكتب أيضا أسماء الأجزاء (السهام) ، كل اسم في بطاقة ؛ وتوضع هذه تحت ساتر ، وهذه تحت ساتر ؛ ثم تؤخذ بطاقة من هنا ، وبطاقة من هنا — فمن خرج له جزء أخذه .

وفي هذه الطريقة من احتمال تفريق النصيب الواحد ، عند تفاوت الأنصباء ، ما في الطريقة الثانية ؛ وتزيد بأنه عيب لا يمكن تفاديه هنا إلا بجهد ربما كان غير يسير : وذلك أنهم يقولون

(١) التجريد المفيد ٣٧٠/٤ ، مطالب اولي النهى ٥٦٠/٦.
(٢) البحر الرائق ١٧٣/٨ ، بداية المجتهد ٢٦٧/٢ .
(٣) [ر : ف ١٦٧] .
(٤) بداية المجتهد ٢٦٧/٢ .

(٥) مغني المحتاج ٤٢٢/٤ ، مطالب اولي النهى ٥٦١/٦ .
(٦) مغنى المحتاج ٤٢٢/٤ .
(٧) التجريد المفيد ٣٧١/٤ ، الخرشي ٤١١/٤ .
(٨) بداية المجتهد ٢٦٧/٢ ، الخرشي ٤١١/٤ ، ٤١٢ [ولا اراها الا تصويرا آخر لكل من الكيفيتين السالفتين] .

– ان لم يقر التفريق – يعاد من القرعة ما وقع به التفريق ، حتى يتم الاتصال[1].

وقد يمكن تصويرها بأن تكتب أسماء المتقاسمين في بطاقات بعدد رءوسهم ؛ ثم من خرج له جزء أخذه ، ووفى مما يليه – ان كان دون نصيبه . وهذا هو المتبادر من عبارة ابن رشد في بداية المجتهد[2] لكن احتمال التفريق أيضا قائم عند تفاوت الانصباء : فقد تؤخذ أولا بطاقة صاحب السدس – في المثال الآنف الذكر – فيخرج له الجزء الثاني أو الخامس ؛ وإذن يتفرق نصيب أحد صاحبيه . فاما أن تعاد القرعة أو يقر التفريق . وهما أمران أحلاهما مر [3] .

تنبيهان

١٧٢ – الأول : ذكر بعض الفقهاء أن المقسومات أربعة :

١ – مستوية الأجزاء ، والأنصباء
٢ – مستوية الأجزاء ، مختلفة الأنصباء
٣ – مستوية الأنصباء ، مختلفة الأجزاء
٤ – مختلفة الأجزاء والأنصباء[4]

[وهذا صادق على العقار صدقا أوليا ، ولم يشذ منه شيء عما قدمناه] [5].

١٧٣ – الثاني : استنبط بعض الشافعية من مراعاة عدم تفريق النصيب الواحد – التي جاءت في كلام الفقهاء على القرعة – أنه إذا كان لأحد المتقاسمين أرض مجاورة ، فطلب أن يكون نصيبه إلى جوارها ، أجيب حيث لا ضرر ، حيث كانت الأرض المقسومة مستوية الاجزاء . ثم أيده بالمصرح به عندهم من الاجبار على قسمة عرصة الجدار (أي مكان بنائه) ولو طولا ليختص كل بما يليه ، قبل البناء أو بعد الهدم[6].

[ولا أراه يستقيم . فان كلام الفقهاء هنا في عدم التفريق بالقرعة ، على ما يلوح منه ، انما هو في صورة الاجبار حيث يكون الجمع في القسمة نفسها مجبرا عليه . وإذا كان الشافعية يصرحون بأن الشريك لا يجاب إلى جمع قطعتي أرض مشتركتين في قسمة واحدة ، ما دامت كل قطعة تقبل القسمة على حدة[7] مع أن النصيبين اللذين يريد جمعهما أجزاء مال مشترك واحد ، فكيف بنصيبٍ مِنْ مشترك مع آخر لا علاقة له بالشركة . ومسألة عرصة الجدار مختلفة جدا ، فهي قسمة مال مشترك ضيق لو لم يكن بجواره ما يجعل قسمته نافعة لامتنعت الاجابة إليها . فمن هنا جاءت صلة الأرض المجاورة بموضوع القسمة . وليس في المسألة المقيسة شيء من هذا] .

الفرع الثاني
المنقول المتشابه

١٧٤ – هذا أصله المثلي المتحد الصفة . ثم ألحق به ما في معناه من القيمي الذي لا تختلف الانصباء فيه صورة وقيمة كبعض الثياب والحيوان . وفيه مطلبان :

١ – إلى ماذا تتنوع قسمته في مجال التطبيق العملي
٢ – كيف يقسم ؟ بقرعة أم بدونها ؟

المطلب الاول
الى ماذا تتنوع قسمته ؟

١٧٥ – (هم جميعا إلا شذوذا متفقون في المثلى المتحد الصفة – على خلاف بينهم في معنى المثلى – أن قسمته لا تحتاج إلى تقويم . وانما هي

(١) الخرشي وحواشيه ٤/٤١٢ .
(٢) ٢/٢٦٧ .
(٣) في القانون المدني المصري : ذكروا هذه الكيفية واقروا ما قد يترتب عليها من تفريق النصيب الواحد معتذرين بان هذا شان القرعة ولا يمكن تغييره الا بتراضي المتقاسمين (الوسيط للسنهوري ٨/٢٢٨) فلم يلتفتوا الى اعادة ولا احتياط يتوقى به التفريق .
(٤) المغني لا بن قدامة ١١/٥٠٢ .
(٥) [ر : ف١٦٣ وما بعدها]

(٦) نهاية المحتاج ٨/٢٧٢
(٧) مغنى المحتاج ٤/٤٢٣

مجرد افراز بطريق الكيل أو الوزن الخ . فلا تعديل ولا رد . [١] ثم قد تكون القسمة تراضيا وقد تكون اجبارا ، إذ لا يمنع الاجبار هنا حيث لا ضرر إلا مطلقو منعه كأبي ثور في بعض ما يروى عنه ؛ وقد تكون جمعا ، كما في قسمة كمية من الحبوب كالقمح أو الشعير ، وقد تكون تفريقا كالسبيكة من ذهب تقسم وزنا[٢] .

أما ما ألحق بالمثلي فالشافعية والحنابلة وبعض المالكية هم الذين يجعلون قسمته كقسمة المثلي في كل ما أسلفناه [٣] . أما الحنفية وجماهير قدماء المالكية فعلى التقويم في كل متقوم [٤] - وعلى هذا فقسمته قسمة تعديل . والمفروض أن لاحاجة فيه إلى رد[٥]. ثم قد تكون قسمة اجبار حيث لا ضرر وقد تكون تراضيا ، وعند التراضي يجوز التفاضل على ما قدمنا من بيان[٦] وقد تكون جمعا ، كما في قسمة عدد من الاغنام أو الابقار المتشابهة ، وقد تكون تفريقا – كما في قسمة بناء متصل بعضه ببعض مع تشابه أجزائه إذا جرينا على أنه منقول ، كما عليه الجماهير) .

١٧٦ ـ المطلب الثاني : كيف يقسم ؟

وفيه طرفان :

١ – بقرعة أم بدونها .

٢ – في مشروعية القرعة ومقدماتها وكيفيتها –

وهذا الكلام فيه هو بعينه الكلام الآنف في العقار .

أما الطرف الأول : فقد علمنا ما نعى القرعة في قسمة المثلي[٧] وأما ما يجري مجراه من القيمي فيعود فيه كل ما سلف في العقار ، وكذلك المثلي على قبوله القرعة .

الفرع الثالث
المنقول غير المتشابه

١٧٧ – (كالثياب المختلفة ، والأواني المختلفة ، والحيوان كذلك . وهذا من حيث القرعة ، وهل يقسم بها أو بدونها ؟ لا يختلف حكمه عما سلف في العقار .

أما من حيث أنواع القسمة التي يتنوع إليها : فهو لا يقسم قسمة جمع إلا تعديلا بطريق التقويم – إلا على رأي من يكتفي في تحقق المثلية بالتماثل في معظم الصفات[٨] فانه يطبق عند هذا التماثل ما تقدم في المنقول المتشابه خاصاً بالمثلي[٩] والأصل فيه أن تكون قسمته قسمة تراض إلا أنه قد يقبل الاجبار في حالات خاصة تختلف من مذهب إلى آخر كحالة اتحاد النوع عند الحنفية وتقاربه عند المالكية واتحاد الصنف وصنف الصنف عند الشافعية في تفصيلات عديدة قدمناها[١٠] مع ملاحظة مذهب بعض السلف في اطلاق منعه .

وتكون قسمته قسمة تفريق إذا قسم كل واحد على حدة ، وقسمة جمع فيما عدا ذلك . ولا مانع من قسمة الرد إذا تراضى عليها المتقاسمون : كأن يأخذ هذا الثياب ، وذاك الأواني ويدفع أو يأخذ الفرق من حيث القيمة ، بشريطة أن يكون ما يدفع فرقا (المعدل) من مال الشركة أو بدون تقيد بهذه الشريطة ؛ على الخلاف الذي أسلفناه[١١] لكن قسمة الافراز لا تتصور هنا إلا عند المتوسعين في تفسير المثلية) .

---

(١) الا ان عند المالكية فيما يجوز فيه التفاضل كالذى لا يدخر مثل الفاكهة طريقة اخرى بجواز قسمته بطريق التحرى والخرص – اما مطلقا ، واما اذا كان من قبيل الموزون لا غير . بل جوز ابن القاسم قسمة التحرى فيما يمتنع تفاضله بشريطتين ١ – ان يكون قليلا ٢ – موزونا كاللحم والخبز (الخرشى وحواشيه ٤/٤٠٢)

(٢) [ر : ف/٤١ ، ٤٣ ، ٤٩ ، ٦٣ ، ٩١ وما بعدها]

(٣) الا انهم لم يمثلوا بالحيوان – ومن البعد بمكان عادة تساويه صورة وقيمة .

(٤) ان دخلت القسمة على التقويم عند المالكية – والا فهم يثبتون نوعا من القسمة بالتراضي بلا تعديل ولا تقويم (التحفة وحواشيها ٢ /٦٨ ، ٧١) وتقدم كلامهم في التحرى [ر : ف١٧٥، تعليق – ١]

(٥) [ر : ف/ ٣٤ وما بعدها]

(٦) [ر : ف / ١٦٠]

(٧) [ر : ف /١٦١]

(٨) [: ف / ٣٩]

(٩) [ر : ف /١١٧]

(١٠) [ر : ف /٤٣ ، ٤٩ ، ٦٣]

(١١) [ر :ف/٣٧ – ٤٠]

الفرع الرابع
مسائل ذات اعتبارات خاصة

١٧٨ – المسألة الأولى : قسمة عين واحدة لا تقبل القسمة :كالثوب والاناء والعقار الواحد الذي هو بهذه المثابة ،أعني أن في قسمتة اضراراً بجميع الشركاء أو ببعض منهم [١] أو فسادا واضاعة مال دون نفع ما .

وجواب هذه المسألة – من حيث الاجبار على القسمة أو التراضي عليها – يعلم مما أسلفناه في بيان معنى الضرر المانع من قسمة الاجبار[٢] لكن للمالكية بها فضل عناية ، ولهم فيها مزيد بيان : وهذا موضع تفصيله :

ذلك أنهم تفريعا على ضرر القسمة حينئذ يجعلون للشريكين – وينوب القاضي عن الغائب منهما ، فيمضي له ما يراه – الخيار بين شيئين :
١ – الابقاء على الشركة ، والانتفاع بالعين مشتركة .

٢ – بيع العين واقتسام ثمنها.ومنه أو بمثابته: المزايدة عليها بعد رسو سعرها في السوق (أو بعد تقويم خبير – ان لم يرضوا السوق) – وتسمى المقاواة[٣]– فمن رغب فيها بأكثر أخذها ، وإذا استويا فالممتنع من البيع أولى بأخذها ، ثم على آخذها أن يدفع لصاحبه مقابل حقه في ثمن الجملة .

هذا إذا كانت القسمة محض فساد ، كقسمة بئر . أماإذا كانت ضارة ، مع امكان الانتفاع بالمقسوم بعدها انتفاعا ما مخالفا لجنس منفعتها قبل القسمة كدار يمكن جعلها بعد القسمة مربطين لدابتين ، فان للشركاء وجها ثالثامن وجوه الخيار : هو أن يقتسموا العين بطريق التراضي .

إلا أن الاجبار على البيع مشروط عندهم بعدة شرائط [٤] :

أ – أن يطلب البيع أحد الشريكين ؛ فلا يجبر على بيع العين دون طلب من أحد منهما .

ب – أن تكون العين على ما وصفنا من عدم قابلية القسمة ؛ لأنه مع قبول القسمة لا يجبر على البيع مؤثرها عليه[٥].

حـ – أن ينقص ثمن حصة طالب البيع ، لو بيعت مفردة . وإلا فليبع ان شاء حصته وحدها ؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك .

د – أن لا يلتزم الشريك الآخر بفرق الثمن المترتب على بيع الحصة منفردة وإلا فلا معنى لاجباره على البيع .

وهناك أيضا شريطتان أخريان :

هـ – أن يكون الشريكان قد ملكا العين جملة . فلو ملك كل واحد منهما نصيبه على حدة ، لما كان له الحق في اجبار شريكه على البيع ؛ لأنه ملك على حدة فيبيع على حدة . ولكن أنكر هذه الشريطة ابن عبد السلام من كبار المالكية وقال اليزناسني العمل الآن على عدم اشتراطها[٦].

و – أن لا تكون العين عقارا للاستغلال : كالمطحن والمخبز والمصبع والحمام .لأن عقار الاستغلال ، أو (ربع الغلة) كما يقولون ، لا تنقص قيمة الحصة منه إذا بيعت مفردة ،

---

(١) على ما سلف من خلاف في الاعتداد بالضرر الخاص أو عدم الاعتداد ، والمالكية يعتدون به باطلاق (ر : ف /٤٤ ، ٦٥ ، ٦٦) .
(٢) (ر : ف /٤٤ – ٧٢)
(٣) الخرشي ٤/٢٧٤ .

(٤) القانون المدني المصرى يكتفي للاجبار على البيع (بطريق المزايدة العامة او – ان شاء الشركاء – الخاصة بهم) بطلب احدهم القسمة ، مع كون العين لا تقبلها كسيارة اومصنع صغير ، او تقبلها لكن بنقص يبين في القيمة كقسمة المنزل طبقات والارض المعدة للبناء قطعا صغيرة جدا لاتتسع كل واحدة منها لبناء معقول ، ثم يقسم الثمن بنسب الانصباء ، ويسمون ذلك باسم قسمة التصفية (وسيط السنهورى ٩١٥ – ٩١٧)
(٥) حواشي التحفة ٢/٧٣
(٦) حواشي التحفة ٢/٧٢

بل ربما زادت . وانكر ابن عرفة هذه الشريطة . [على أنها لو سلمت ، فان شريطة نقص ثمن الحصة تغنى عنها[١]] .

١٧٩ — وحجة المالكية في الاجبار على البيع القياس على الشفعة بجامع دفع الضرر في كل[٢] والجماهير من حنفية وشافعية وكثير من الحنابلة يردونه بأن الأصل أن الجبر على ازالة الملك غير مشروع ، لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٣] فلا ينتقل عنه إلا بدليل ناقل ؛ وليس هنا هذا الدليل الناقل؛إذ القياس على الشفعة قياس مع الفارق : فلو لم تشرع الشفعة للزم ضرر متجدد على الدوام ، ولا كذلك البيع مع الشريك [٤] . [ولعله لذلك عدل ابن رشد الحفيد إلى الاستدلال بمجرد الاستصلاح دفعا للضرر . مع أن فيه انزال ضرر بالشريك الممتنع ، فهي إذن موازنة بين الضررين . ألا تراه يقول : « وهذا من باب القياس المرسل[٥]] .

١٨٠ — والحنابلة في معتمدهم يوافقون المالكية على اجبار الشريك على البيع مع شريكه . بل يطلقون القول بأن من دعا شريكه إلى البيع في كل ما لا ينقسم إلا بضرر أو رد عوض أجبر على اجابته ، فان أبى بيع عليهما وقسم الثمن[٦] ويزيدون أنه لو دعى إلى الاجارة أجبر أيضا[٧] ولكن المنازعين منهم هم الشيوخ الجلة وحسبك أن فيهم الشيخ الموفق والمجد بن تيمية فان كلامهما يقتضي المنع ، وان كان ابن الصلاح من الشافعية ينتصر لعكسه ، مخالفا ما عرف من مذهب الشافعية ، ويقول : « وددت لو محى من المذهب . . فقد عرف من أصلنا أنه إذا امتنع السيد من الانفاق على عبيده باعهم الحاكم عليه . فاذا صرنا إلى ذلك دفعا للضرر عن الشريك الذي له عليه حق وملك ، فلم لا نصير إلى ذلك دفعا للضرر عن الشريك الذي لا حق له عليه ولا ملك . والاجبار على المهايأة ضعيف »[٨].

١٨١ — وقد ذهب كثير من الحنابلة إلى أن طلب البيع ليس حتما لاجبار الشريك على البيع مع شريكه بل يكفي طلب القسمة ، لأن حق الشريك في نصف القيمة لا في قيمة النصف ؛ فلا يصل إلى حقه إلا ببيع الكل ؛ ولذا أمر الشرع في السراية أن يقوم العبد كله ، ثم يعطى الشركاء قيمة حصصهم[٩] . [ولعل ابن الصلاح يقول مع هؤلاء بقولهم هذا أخذا من الأصل الذي قاس عليه] .

المسالة الثانية : عين الماء :

١٨٢ — لا تقسم لا جبرا ولا تراضيا ؛ إذ لا يمكن قسمها إلا بوضع حاجز فيها أو أكثر بين النصيبين أو الانصباء ، وفي هذا من الضرر ونقص الماء ما يجعل القسمة فسادا . أما مجرى الماء إذا اتسع لمجريين ، فانه تصح قسمته تراضيا لا جبرا ، إذ لا يمكن تحقق المساواة ؛ فقد يكون اندفاع الماء في جانب أقوى منه في الآخر . كما أن الماء نفسه تمكن قسمته تراضيا ، كيفما شاء الشركاء ؛ أما جبرا فلا يقسم إلا بالقلد — وهو[١٠] المعيار الذي يتوصل به إلى اعطاء كل ذي حق حقه : كالساعة اليوم . وقديما كان يقوم مقامها وعاء مثقوب ثقبا لطيفا يملأ رملا أو ماء ويعلق فيظل يتسرب ما فيه قليلا قليلا حتى يفرغ ، فتنتهي بذلك نوبة أحد الشركاء ، وتبدأ بتعليقه مرة أخرى نوبة غيره .

هكذا قرره المالكية[١١].وأصول الحنفية والشافعية

---

(١) الخرشي ٤/٤١٣ ، التحفة وحواشيها ٢/٧٢ ، ٧٣

(٢) الخرشي ٤/٤١٣

(٣) سورة النساء ٢٨

(٤) بدائع الصنائع ٧/٢٠ ، مغنى المحتاج ٤/٤٢٦

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٦٨

(٦) الفروع ٣/٨٤٦ — فيما عدا مسألة الرد هو مطابق لما قد مناه عن القانون المدنى المصرى [ر :ف/١٧٨ تعليق٤]

(٧) الفروع ٣/٨٤٦

(٨) الفروع ٣/٨٤٦

(٩) قواعد ابن رجب ١٤٥

(١٠) هذا هو المفهوم من سياق كلامهم . وفي محيط المحيط : القلد (بكسر فسكون) الحظ من الماء . فقريب منه استعماله في التنه

(١١) الخرشي ٤/٤١٠ ، بلغة السالك ٢/٢٤٢

والحنابلة لا تأبى من قسمة العين نفسها تراضيا لا اجبارا ، كما يفهم مما قدمناه[١].

أما في قسمة الماء فللشافعية كلام بهذا المعنى الذي ذكره المالكية ، إلا أنهم ينصون على استعمال الحواجز الخشبية المثقبة ، ثقوبا متساوية أو متفاوتة بحسب الانصباء ، يعترض بها طريق الماء[٢]. ومثله للحنفية ــ إلا أنهم يقولون أن ماجرى به العمل في قسمة ماء النهر والعين يتبع ولا يغير سواء أكان بمثل هذه الكوى أم بالمهايأة الزمنية : لكل شريك يوم ، أو أكثر أو أقل[٣].

المسالة الثالثة: الاختلاف في رفع الطريق ومقداره:

١٨٣ ــ إذا اختلف المتقاسمون في قسمة دار أو أرض : فقال بعضهم : نقتسم ولا ندع طريقا ، وقال بعض بل ندعه ، فان القاضي ينظر في التوفيق بين المصلحة ، وتحقيق معنى القسمة على الكمال ما أمكن : فان كان بوسع كل منهم أن يتخذ لنفسه طريقا على حدة استوفى معنى القسمة ، ولم يبق شيئا مشتركا بينهم ؛ وإلا فالمصلحة تقتضي ابقاء طريق مشترك بينهم ؛ إذ لا يكمل الانتفاع بالمقسوم بدونه ــ فيجبرهم على ذلك : يقسم ما عدا الطريق ، ويبقى الطريق على الشركة الأولى دون تغيير ؛ إلا ان يقع التشارط على شيء من التغيير ، كأن يتفقوا على أن يجعلوه بينهم على التفاوت وقد كان على التساوي لأن القسمة على التفاوت بالتراضي جائزة في غير الربويات ، أو على أن يجعلوا ملكية الطريق لبعضهم ، وحق المرور فحسب للآخرين ــ وقيدوه في الفتاوى الهندية بأن تكون ملكية الطريق لمن ترك مقابلا له من نصيبه ، واهملوه في المجلة[٤][وهو بالاهمال جدير] .

فاذا اختلفوا في مقدار الطريق : فبالغ بعضهم في سعته ، وبعضهم في ضيقه ، وبعضهم في علوه وبعضهم في انخفاضه ، فان القاضي يجعله على عرض باب الدار وارتفاعه ؛ لأن هذا يحقق المقصود منه ، ولا تتطلب الحاجة أكثر من ذلك . وانما يحدد ارتفاعه بما ذكرنا ليتمكن الشركاء من الانتفاع بهوائه وراء هذا المقدار ، كأن يشرع أحدهم جناحا ، لأنه حينئذ باق على خالص حقه ؛ إذ الهواء فيما فوق ارتفاع الباب مقسوم بينهم ؛ كما أن هذا التحديد يمنع عدوان أحدهم بالبناء أخفض من ذلك فوق الطريق المشترك ، إذ يكون حينئذ بانيا على الهواء المشترك ، وهو لا يجوز دون رضا باقي الشركاء . هذا في طريق الدار ، أما طريق الحقل فيكون بمقدار ما يمر ثور واحد ، إذ لا بد للزراعة منه ، فيقتصر فيه على الحد الأدنى ــ وان كان يحتاج إلى مرور ثورين فانه يحتاج أيضا إلى مرور عربة وما إليها على فحش تفاوت الاحجام فلا يقف عند حد[٥].

١٨٤ ــ هكذا قررة الحنفيــة ولا خلاف عليه الافيما نبينــه

١ ــ لم يعرض الآخرون ــ فيما وقع لي ــ لعرض الطريق إلى الحقل .

٢ ــ نص الشافعية على أن امكان الحصول في يسر على طريق من أرض مجاورة كامكانه في النصيب المقسوم نفسه . وهذا وان كان مفهوما من جملة كلام الحنفية وغيرهم إلا أنه لم تتفق له هذه الصراحة إلا عند الشافعية ، بل ربما كان في بعض عبارات غيرهم شيء من الابهام والايهام[٦].

---

(١) [ر : ف ٦١/ ، ٦٣]

(٢) منهاج الطالبين بتعليق السراج ٣٠٢

(٣) مجمع الأنهر ٥٦٦/٢

(٤) [م ١١٤٥]

(٥) فتح القدير ٣٦٥/٨ ، ٣٦٦ ، رد المحتار ١٧٢/٥ ولاشك ان هذا متأثر باعراف زمانهم . أما الآن فقلما يحتاج الى مرور ثور وتكاد تكون الحاجة منحصرة في مرور العربات والجرارات الزراعية فينبغى اتخاذ الحجم الغالب للجرارات الزراعية معيارا . هذا متعين الآن لرفع الحرج والضرر ، في كل موطن بلغ من التقــدم الزراعي هذا الحــد .

(٦) مغنى المحتاج ٤٢٠/٤ ونهاية المحتاج ٢٧٤/٨

٣ ــ نجد المذاهب الأخرى على خلافه : أخذا بحديث أبي هريرة عند الجماعة إلا النسائي عنه صلى الله عليه وسلم «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع [١]» . ويحرص الحنابلة هنا على التنبيه على أن حديثه صلى الله عليه وسلم في أرض مملوكة لجماعة أرادوا البنـاء فيهـا وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق ، وانه لا علاقة له اطلاقا بالطريق العام حتى يتمسك به في جواز تضييقه إلى سبعة أذرع كما هو المتبادر من كلام المالكية[٢].

٤ ــ نص المالكية والشافعية والحنابلة على أن ليس للشريك في الطريق إشراع جناح فيه ، مهما كان ارتفاعه إلا برضا سائر الشركاء . وان كان عند كل من المالكية والشافعية رأي بالجواز ، بشريطة عدم الضرر بحجب ضوء أو تعويق راكب مثلا . وهو مذهب المدونة والأشبه بمذهب الحنفية[٣].

المسألة الرابعة : العلو والسفل : لبيت واحد أو لبيتين ، أو منزلين متلاصقين ، في دار واحدة [٤] .

١٨٥ ــ هل هما جنس (نوع) واحد متحد الصفة فيقسمان قسمة جمع باعتبار العين ، لا باعتبار القيمة : أي أنهما يقسمـان بالذرع والمساحة ؟ [٥] أم هما جنس واحد مختلف الصفة ، فلا يمكن تعديل قسمتهما قسمة جمع ، إلا باعتبار القيمة ؟

بالأول قال أبو حنيفة وأبو يوسف . وبالثاني قال محمد : ومحل النزاع انما هو في قسمة الاجبار ، لا في قسمة التراضي ــ إذ للمتقاسمين أن يتراضوا على ما شاءوا في مثل هذا الموضع .

وجه قولهما : أن المقصود هنا هو السكنى ، ولا تفاوت في أصل السكنى بين علو وسفل ، فلا نبالي بتفاوتهما في مرافق أخرى [٦] : من مثل استنشاق الهواء ، واتقاء الحر .

ووجه قوله : أنه لا يمكن تجـاهل المرافق الأخرى لتأثيرها البالغ في قيمة العين ، وإلا كانت قسمة جائرة ، والتعديل هوأساس قسمة الاجبار . ولا شك أن لكل من العلو والسفل مرافقه الخاصة : ففي الوسع أن يتخذ في السفل ، دون العلو ، بئر أو سرداب أو اصطبل ؛ وان يتقي ، في العلو ، دون السفل ، التأثير الضار للرطوبة على الجدران وأسسها ، وأن يستنشق الهواء في وفرة ونقاء . واغراض الناس ، إذ تتعلق بهذه المرافق ، تتفاوت تفاوتا بعيد المدى في كل زمان ومكان .

[وتكاد ترى رأي العين عدالة هذا التوجيه].
ولذا يقول القدوري : « قوم كل واحد على حدة ، وقسم بالقيمة . ولا معتبر بغير ذلك »[٧] ويقول صاحب الهداية : «والفتوى اليوم على قول محمد[٨]»

١٨٦ ــ خلاف فرعي : بعـد اتفاق أبي حنيفة وأبي يوسف على القسمة بالذرع والمساحة ، دون القيمة ، شجر النزاع بينهما في كيفية القسمة بالذرع أتكون ذراعا من السفل بذراع من العلو ؟ أم ذراعا من السفل بذراعين من العلو ؟ بالثاني قال أبو حنيفة ، وبالأول قال أبو يوسف .

أمـا أبو يوسف فجـرى عـلى أصلـه من أن المقصود السكنى ، ولا تفاوت فيها : لأن لصاحب العلو أن يبني على علوه دون رضاء صاحب السفل أو غيره ، كما أن لصاحب السفل أن يبني على سفله دون رضاء من أحد .

(١) نيل الأوطار ٥/٢٦٢ ، الخرشي ٤/٢٧٧ ، قواعد ابن رجب ٢٠٢ .

(٢) قواعد ابن رجب ٢٠٢ ، حواشي الخرشي ٤/٢٧٧

(٣) الخرشي ٤/٢٧٨ ، منهاج الطالبين بتعليق السراج ٣٢٥ ، دليل الطالب ١١٨ .

(٤) تصويره في حالة التعدد أن يكون أحد الأمرين [العلو والسفل] مشتركا بين اثنين والآخر لثالث (عناية ٨/٣٦٦)

(٥) الكلام هنا في المساحة من السطح أو الأرض لا في البنـاء [ر : ف/١٨٧]

(٦) الاولى : التعبير بالمرتفقات .

(٧) فتح القـدير ٨/٣٦٦

(٨) فتح القـدير ٨/٣٦٩

وأما أبو حنيفة ، فلما كان من أصله أن صاحب العلو ليس من حقه أن يبني على علوه إلا برضا صاحب السفل ، تحقق عنده تفاوت في المقصود — وهو السكنى — على الجملة ، وان لم يكن ثم تفاوت في أصل السكنى : فصاحب السفل يسكن — وهذه منفعة — وله أن يبني فوق سفله ليتوسع في السكنى كما شاء — وهذه منفعه أخرى ؛ وليس لصاحب العلو إلا منفعة واحدة ، هي أصل السكنى ، دون التوسع فيها بالبناء على علوه . فاذا كان ثم منفعة واحدة في مقابل منفعتين كانت العدالة أن تكون القسمة كذلك على الثلث والثلثين ؛ لأن الثلث مع منفعتين يعدل الثلثين مع منفعة واحدة .

فالخلاف بينهما حقيقي .من قبيل بناء مسألة على أخرى . وقد قيل بل هو صوري : وانما نظر الامام إلى عادة أهل الكوفة في إيثار السفل على العلو ؛ ونظر أبو يوسف إلى استوائهما في عادة أهل بغداد — ولو كان كل منهما بمكان الآخر لقال بقوله .

١٨٧ — أ — سفل من بيت،وعلو من بيت آخر: إذا كانا بين اثنين . وطلب أحدهما قسمتهما ، يقسم البناء بالقيمة دون نزاع من أحد . وأما الساحة (العرصة) فتقسم بالذرع أي المساحة : ذراعا من السفل بذراعين من العلو . أي على الثلث والثلثين . عند الامام ؛ وذراعا من السفل بذراع من العلو ، أي على التساوي ، عند أبي يوسف . وعند محمد يقومان ويقسمان باعتبار القيمة ، ولا يلزم التساوي ولا التثليث : فان استويا في القيمة قسما ذراعا بذراع ، وان كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر قسما ذراعا من الأعلى قيمة بذراعين من الآخر ايا ما كان وهكذا دواليك .

ب — بيت تام (سفل وعلو) ، وعلو فقط من بيت آخر : بين اثنين وطلب أحدهما القسمة يقسم البناء بالقيمة ؛ ثم تكون قسمة الساحة ارباعا عند الامام : إذ يحسب كل ذراع من البيت التام بثلاثة اذرع من العلو وحده ؛ وتكون أثلاثا عند أبي يوسف ، إذ يحسب ذراع من البيت التام بذراعين من العلو فقط . وتكون القسمة عند محمد كما تقتضيه قسمة القيمة ، دون قيود .

د — بيت تام (سفل وعلو) ، وسفل فقط من بيت آخر : بعد طلب أحد الشريكين يقسم البناء بالقيمة ؛ ثم تكون قسمة الساحة عند الامام على أساس ذراع من البيت التام بذراع ونصف من السفل فقط ، وتكون عند أبي يوسف أثلاثا ، إذ يحسب ذراع من البيت التام بذراعين من السفل فقط . ويقسم محمد حسب القيمة ، كيفما اقتضت .

هكذا قرر الحنفية هذه المسألة[١] وعامة اهل الفقه مع محمد لوضوح اختلاف الصفات وتفاوت الأغراض .

وقد فرغنا سلفا من قبول هذه القسمة(الاجبار) وعدم قبولها ، سواء في جعل السفل لواحد والعلو لآخر من دار واحدة أم في اختلاف الدارين ، فراجعه[٢].

(١) فتح القدير ٣٦٦/٨ — ٣٦٩ ، بدائع الصنائع ٢٧/٧ البحر الرائق ١٧٥/٨، ١٧٦ .

(٢) [ر :ف ٥٢/ح، ٥٦ ، ٧٤]

الفصل الرابع

الآثار المترتبة على قسمة الأعيان

إذا تمت قسمة الاعيان على الصحة ترتبت عليها آثار شتى ، من أهمها :

١٨٨ – أولا – لزوم القسمة : إذا لم يوجد سبب للخيار [١] فانها لا تقبل الرجوع بالارادة المنفردة ، بمعنى أن ينقضها واحد أو أكثر ويرد المال إلى الشركة ، دون اتفاق من جميع المتقاسمين .

وتتم القسمة بتعيين القاسم لكل واحد نصيبه . سواء أكان هذا القاسم هو قاسم القاضي أم قاسما حكموه بينهم ليقوم بهذا التعيين ، والزام كل واحد بالنصيب الذي يفرزه له – سواء أكان ذلك بقرعة أم بدونها[٢] . كما تتم إذا اقتسموا هم بالتراضي – دون تحكيم محكم ملزم – واقترعوا اقتراعا تاما خرجت به جميع الاجزاء (السهام) لأربابها : ويكفي لذلك اجراء القرعة على جميع الأجزاء عدا الجزء الأخير ؛ لأنه يتعين تلقائيا لمن بقي من الشركاء ؛ واذن فيكون لبعضهم في هذه الحالة حق الرجوع أثناء القرعة أي قبل أن تنتهي إلى هذه الغاية[٣] ؛ فاذا لم يستخدموا القرعة واكتفوا بالتراضي على أن يختص كل واحد منهم بنصيب بعينه ، فان القسمة لا تتم بمجرد هذا التراضي ، بل يتوقف تمامها على قبض كل واحد نصيبه ، أو قضاء القاضي . وقد نقلوه في الهندية أولا عن صاحب الذخيرة[٤] ثم حكوا عنه في الصفحة نفسها المسألة التالية :

« ان كانت الدار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقوقه ، ويأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقوقه ، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ، ما لم تقع الحدود بينهما . ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقوع الحدود ، وانما يعتبر رضاهما بعد وقوع الحدود » [مع أن مجرد التخلية كاف في القبض ؛ وقد ذكر ابن نجيم في الأشباه أن التخلية تسليم إلا في مسائل عدها ؛ وليس من بينها القسمة ؛ فراجعه] [٥] .

فاذا كان هناك رجوع معتبر ، أو اعتراض وعدم رضا أعلن به حيث احتيج إلى الرضا ، فان العدول بعد ذلك إلى الموافقة على القسمة واستمرارها لا يجدي فتيلا ، لأن القسمة ترتد بالرد[٦] .

أما الرجوع باتفاق جميع المتقاسمين فهو تقايل . وقد علمنا[٧] أن أصول الحنفية ونصوص بعض متونهم وشراحهم تقتضي اطلاق قبوله . ولا بأس أن أسجل لك هنا عبارة متن تنوير الأبصار وشرحه ، وهذا نصها : « القسمة تقبل النقض ، فلو اقتسموا وأخذوا حصصهم ، ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح ، وعادت الشركة في عقار وغيره » [٨] .

١٨٩ – أما المالكية فيطلقون القول بلزوم القسمة إذا صحت ، سواء بقرعة أم بدونها . ولا تصح قسمة الاجبار عندهم في غير المثلى إلا بقرعة[٩] ويذكرون أن من أراد الرجوع لم يمكن منه ؛ ويعللونه بأنه انتقال من معلوم إلى مجهول[١٠] . وهو تعليل يتبادر منه أيضا منع التقايل باتفاق المتقاسمين ؛ وقد صرح به ابن رشد الحفيد ، إذ يقول : « القسمة من العقود اللازمة ، لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها ، إلا بالطوارئ عليها » [١١] . وهو نقيض ما صرح به الدردير في قسمة التراضي[١٢] . لكن المدونة صريحة فيما قرره الأولون : فقد سأل سُحنون ابن القاسم : « أرأيت لو أن دارا بيني وبين رجل تراضينا في أن جعلت له طائفة من الدار على أن جعل لي طائفة أخرى ، فرجع أحدنا قبل أن تنصب الحدود بيننا ؟ » ، فأجاب ابن القاسم : « ذلك لازم لهما ؛ ولا يكون لهما أن يرجعا عند مالك[١٣] .

(١) راجع الفصل الخامس المعقود للطوارئ ، والفقرة ١٣ – ٢

(٢) فتح القدير ٣٦٣/٨ ، الفتاوى الهندية ٢١٧/٥

(٣) رد المحتار ١٧٢/٥

(٤) ٢١٧/٥

(٥) الاتحاف باشباه ابن نجيم ٢٤٧

(٦) رد المحتار ١٧٦/٥

(٧) [ر : ف ١٥]

(٨) رد المحتار ١٧٦/٥

(٩) [ر : ف ١٦٠]

(١٠) الخرشي ٤١٢/٤ ، بلغة السالك ٢٤٣/٢

(١١) بداية المجتهد ٢٧٠/٢

(١٢) بلغة السالك ٢٣٨/٢

(١٣) [١٦٩/١٤]

إلا أنه علله بأن القسمة بيع من البيوع .

١٩٠ — والشافعية والحنابلة مع المالكية في أن القسمة لا تقبل الرجوع بالارادة المنفردة ولا المجتمعة ، لكن فيما كان من القسمة محض تمييز حقوق . وهذه هي القسمة بجميع أنواعها عدا قسمة الرد في قيل اعتمده الحنابلة ، وقسمة المتشابه (قسمة الافراز) وحدها في قيل هو معتمد الشافعية . أما ما هو منها بيع ، فانهم يقتربون فيه جدا من مذهب الحنفية : إذ هو عندهم عقد لازم بمجرد التراضي والتفرق ؛ ويقبل التقابل . كالبيع — إلا أنه إذا استخدمت القرعة توقف لزوم القسمة على خروجها ، بل — في قيل اعتمده الشافعية — وعلى الرضا بالقسمة بعد خروج القرعة . هذا في قسمة التراضي . أما في قسمة الاجبار ، فيتوقف اللزوم على خروج القرعة عند الحنابلة .

أما عند الشافعية ، فانه إذا قسم قاسم القاضي ، أو قاسم حكمه المتقاسمون — على خلاف في المحكم لبعض الشافعية[١] — فان قسمته تكون ملزمة بنفسها . وقد وقع في كلام الشافعية نصهم على أن القرعة ليست بشريطة لصحة القسمة[٢].

١٩١ — ثانيا : استقلال كل واحد بملك نصيبه والتصرف فيه :

كأي مالك فيما يملك . فان هذا هو ثمرة القسمة ومقصودها .

وعليه ينص جميع أهل الفقه بلا استثناء[٣]. ويذكر الحنفية هنا أن القسمة الفاسدة ، كالتي شرط فيها هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو من غيره ، يترتب عليها أيضا هذا الاستقلال بعد القبض ، وان كان مع الضمان بالقيمة ، قياسا على البيع ؛ ويردون ما قال ابن نجيم في الأشباه من نفى هذا الترتب ، لأنه بناه على أن الفساد والبطلان في القسمة سواء ، وليس كذلك[٤] والذي قاله ابن نجيم هو مذهب الجماهير من غير الحنفية [٥]

وقد ضرب صاحب البدائع هنا عدة أمثلة لهذه التصرفات التي يملكها كل واحد من المتقاسمين في نصيبه دون أن يكون لمقاسمه حق الاعتراض أو المنع . وذلك إذ يقول :

« لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ، ووقع البناء في نصيب الآخر ، فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته ، وله أن يرفع بناءه ، وليس لصاحب البناء أن يمنعه ، وان كان يفسد عليه الريح والشمس ؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه ، فلا يمنع منه . وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحى ، لما قلنا .

وكذا له أن يقعد في بنائه حداداً أو قصارا[٦]، وان كان يتأذى به جاره ، لما قلنا .

وله أن يفتح بابا أو كوة[٧]، لما ذكرنا — ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ، ففتح الباب والكوة أولى .

وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرياسا[٨]، وان كان يهى بذلك حائط جاره . ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل . ولو

---

(١) المهذب ٢/٣٠٩

(٢) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ — ذكر الشرقاوى على التحرير ان القرعة تجب عند عدم التراضي بدونها (٢/٤٩٩) ولوكان هذا صحيحا في قسمة الاجبار لكان معناه انها لاتكون قسمة اجبار الا بعد القرعة ، اى ان رضاهم بها شريطة للزومها قبل القرعة لابعدها . وهو خلاف مانص عليه شيخ الاسلام زكريا في شرح المنهج اذ يقول : « اما قسمة ماقسم اجبارا فلا يعتبر فيه الرضا ، لاقبل القرعة ولا بعدها » (التجريد المفيد ٤/٣٧٣) فينبغي ان يكون محمله قسمة التراضي . بمعنى توقف لزومها على القرعة حينئذ .

(٣) رد المحتار ٥/١٦٦ ، الخرشي٤/٣٩٩ ، مغنى المحتاج ٤/٨١٨ المغنى لابن قدامة ١١/٤٨٨

(٤) رد المحتار ٥/١٧٦ ، الفتاوى الهندية ٥/٢١١

(٥) اشباه السيوطى ٢٨٦ وكتب الاصول

(٦) في المصباح : قصرت الثوب قصرا بيضته ، والقصارة بالكسر الصناعة والفاعل قصار

(٧) في المصباح : والكوة : بلغة الحبشة : المشكاة . وقيل كل كوة غير نافذة مشكاة ايضا ... والكو بالفتح مع حذف الهاء : لغة .. وهو مذكر فيقال هو الكو

(٨) في المصباح الكرياس فعيال ، بكسر الكاف : الكنيف في اعلى السطح : زاد في "متن اللغة" بقناة الى الارض .

سقط الحائط من ذلك لا يضمن ، لأنه لا صنع منه في ملك الغير . والأصل أن لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه ، إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن[١].

١٩٢ — ولكن هذه مسألة أخرى : أعني هل يكون تصرفه في ملكه بحيث لا يضر بجاره أم أن الأمر مطلق ما لم يخرج عن الحد المعتاد . والشافعية مع الحنفية على اطلاق يده في ملكه . والمالكية والحنابلة على تقييده بعدم إيذاء الجار . هذا هو اجمال المسألة ، وان كان يقع النزاع في بعض التفاصيل : أهو من قبيل ما يضر الجار أم لا ؟ وهل هو من الضرر المحتمل أولا ؟

١٩٣ — وتأمل عبارة خليل — فيما يمتنع من الاضرار بالجار : « ويمنع دخان كحمام ، ورائحة كدباغ ، ومضر بجدار ... وحانوت قبالة باب ... لا مانع ضوء أو شمس أو ريح — إلا لأندر » والأندر هو البيدر[٢]، وقول صاحب دليل الطالب من الحنابلة : « وحرم على الجار أن يحدث بملكه ما يضر بجاره كحمام وكنيف ورحى وتنور . وله منعه من ذلك »[٣]؛ وقول النووي في المنهاج في عكس ذلك : « ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة . فان تعدى ضمن . والأصح انه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماما واصطبلا ، وحانوته في البزازين حانوت حداد إذا احتاط وأحكم الجدران »[٤].

١٩٤ — ثالثا — طريق الغير أو مسيله لا يدخل في القسمة ولا يمنعها :

إذا كان في الدار المشتركة بين اثنين مثلا طريق لثالث أو مسيل ماء ، فانهما يقتسمان الدار إذا شاءا ، ويبقيان طريق هذا الثالث أو مسيله كما كان . ثم ان كان يملك عينهما فذاك ، وإلا ترك له طريق بعرض باب الدار ، لا بعرض

(١) بدائع الصنائع ٢٨/٧ ، ٢٩

(٢) الخرشي ٢٧٦/٤ ، ٢٧٧

(٣) [١١٧]

(٤) ٢٩٨ بتعليق السراج ، مغني المحتاج ٣٦٤/٢

باب منزله فيها ان كان ؛ وليس له حق منعهما من القسمة على أية حال[٥] .

١٩٥ — رابعا : للمتقاسمين احداث أبواب ونوافذ في السكة المشتركة غير النافذة : وهذا مما يقع كثيرا . لأن قسمة الدار يترتب عليها ادخال تعديلات كثيرة ، وتهيئة مرافق لم تكن ؛ وليس لسائر الشركاء في السكة المذكورة الحيلولة دون ذلك ، لأن للمتقاسمين أن يزيلوا الجدران فأولى أن يفتحوا فيها ما شاءوا من أبواب وكوى :

هكذا قرر صاحب البدائع من الحنفية ، واطلقه[٦]. والذي عند الشافعية أن الذي له أن يفتح بابا في السكة غير النافذة هو من كان من أهلها ؛ وهو من له فيها باب ؛ لا من لاصقها جداره ؛ ثم الذي له فيها باب لا يملك عندهم فتح باب آخر إلا إذا كان أقرب إلى رأس السكة . وهو مفاد متون الحنفية أيضا[٧]. لكن زاد الشافعية شريطة أخرى لفتح باب جديد ، هي أن يغلق الأول — هذا عند المشاحة ، أما بالتراضي فلا كلام[٨]. [وهذا يعني أن اللذين يقتسمان دارا لهما في درب مسدود مشترك لا يملكان فتح بابين في الدرب نفسه ، بدون رضا أهله — فليجعلا بابهما الأول رأس طريق لهما يفتحان فيه بابين ، لكل منهما باب على حدة] .

كما أن المالكية يصرحون بمنع فتح باب قبالة باب آخر لشريك في السكة غير النافذة ، لأنه يؤذيه ويسيء إلى أهله[٩] .

١٩٦ — خامسا : الارتفاق القديم يستمر[١٠] **ما لم تشرط ازالته :** مثال ذلك : روشن لك مشرف

(٥) راجع في بيع الدار والطريق بدائع الصنائع ٢٩/٧

(٦) ٢٩/٧

(٧) شرح المجلة للأتاسي ١١٧/٢

(٨) المنهاج بتعليق السراج ٢٣٥

(٩) الخرشي ٢٧٨/٤ ، بلغة السالك ١٢٦/٢

(١٠) ولبعض الحنابلة نص كهذا لكنه في الارتفاقات المشتركة كحق المرور (١٩١ قواعد ابن رجب)

على نصيب مقاسمك ، أو أطراف خشب لك على جداره ، أو أغصان شجر مدلاة في هواء نصيبه . فان شرطت الازالة ، فالمسلمون على شروطهم ، وإلا ، فان السكوت بمثابة التزام الضرر . على أن هناك كابن رستم — وان لم تكن عليه الفتوى[١] — من يقول تزال الأغصان المدلاة ، ويقيسها في ذلك على اطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفه — فانه لكونه لا منفعة فيه ، يعتبر شغلا لحق الغير بغير حق ، فيستحق الابطال . أما الذي يمكن تسقيفه ، فيلتحق بالحقوق كالروشن ، لامكان الانتفاع به . هكذا فصله صاحب البدائع[٢] وفي كلام الهندية من الاجمال ما قد يدخل اللبس على القارئ ، فانظره ان شئت[٣] .

[ولو كان ابقاء هذه الارتفاقات مشروطا في القسمة ، لوافق الشافعية على بقائها ، لأن المسألة تكون من قبيل بيع المنافع ، فلا يملك البائع الرجوع — أما مجرد الرضا بلا عوض فعارية يصح الرجوع فيها[٤] . على أن السكوت قد لا يكون عن رضا بل عن سهو أو غفلة] .

١٩٧ — سادسا — الأشجار والأبنية تابعة للأرض دون العكس : وقد قدمنا هذا في مطلع الفصل الثالث ، مع المذاهب فيه[٥] . ويترتب عليه أنه في أي حصة وجدت أشجار أو أبنية فانها تكون لصاحب الحصة ، دون حاجة إلى التنصيص على ذلك ، أو حتى الاشارة إليه[٦] .

(١) رد المحتار ٥/١٧٦
(٢) [٧/٢٩]
(٣) الفتاوى الهندية ٥/٢١١
(٤) المنهاج بتعليق السراج ٢٣٦
(٥) [ر : ف / ١٥٥ ، ١٥٦]
(٦) فالشريكان يقتسمان كرما بينها ويحدثان طريقا جديدة لاحدهما ذات اشجار ، وتكون هذه الاشجار لمن جعلت الطريق له ملكا . فان كان انما جعل له حق المرور فحسب ، فالاشجار كالطريق مشتركة (الفتاوى الهندية ٥/٢١٦)

فاذا ادعى أحد المتقاسمين أبنية أو أشجاراً في غير نصيبه ، ردت عليه دعواه ؛ لأن مجرد الاقدام على قسمة الأرض اقرار بالشركة فيها وفي توابعها . بخلاف ما إذا وقعت القسمة على التوابع نفسها ؛ كأن وقعت على بناء أو شجر ، فان لبعض المتقاسمين أن يدعي ملكية الأرض أو بعضها ؛ أو وقعت على الثمار نفسها ، فان للبعض أن يدعي ملكية الشجر ، كلا أو بعضا كذلك ، لأن الشركة في التوابع لا تستلزم الشركة في المتبوعات ، وإلا انقلب الأصل فرعا[٧] .

وطرد الامام أبو حنيفة وأبو يوسف هذا الأصل في مغرس الشجرة ، فليس يتبعها بدون شرط . وخالفهما محمد فجعله تبعا على امتداد عروقها العظام ، لأنها بدونه لا تكون شجرة بل خشبا أو حطبا[٨] وهو مذهب المالكية إلا أنهم لم يقيدوا العروق بالعظام . بل منهم — ومال بعض المتأخرين إلى اعتماده — من يدخل حريم الشجرة كله ، فيشمل ماتظله أغصانها وأوراقها[٩] وتوسط الشافعية والحنابلة ، فجعلوا منفعة البقاء في المغرس إلى حين القطع تابعة ، دون عين المغرس[١٠] .

١٩٨ — سابعا : الزرع والفاكهة ليسا من توابع الأرض : لأنهما معدان للنقل لا للقرار ، كالمتاع الموضوع في البيت[١١] . فاذا قسمت الأرض لم يدخلا في القسمة — إلا إذا نص على ذلك نصا صريحا خاصا أو عاما : كأن يقال بما فيها من زرع أو فاكهة ، أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها ؛ ولا يكفي أن يقال بجميع حقوقها أو مرافقها ، لأنهما ليسا من الحقوق أو المرافق [على خلاف في المرافق ، ليس من قبيل ظاهر الرواية][١٢] .

(٧) رد المحتار ٥/١٧٥ ، ١٧٦
(٨) مجمع الانهر ٢/١٦
(٩) الخرشي وحواشيه ٤/٩٠
(١٠) المنهاج بتعليق السراج ١٩٨ ، دليل الطالب ١٠٨
(١١) وكالمتاع الموضوع في البيت ، بل هو منه ، باب الدار الذى خلع منها ووضع فيها قبل قسمتها (الفتاوى الهندية ٥/٢١٧)
(١٢) الفتاوى الهندية ٥/٢١٥

وهذا ما لا خلاف فيه على الجملة — وان كان يقع الخلاف في البذر والفاكهة غير المؤبرة : فالمالكية على دخولها ؛ والشافعية والحنابلة على دخول الفاكهة ، دون البذر . وهذا شيء فرغوا منه في البيوع . وتستثنى الطوائف الأربع (من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة) أصول الزرع الذي يجز مرارا — كالبرسيم المعروف — فيلحقونها بالشجر ويجعلونها على الأصح كالجزء من الأرض فتتبعها ، وتبقى الجزة الأولى الظاهرة فعلا غير داخلة [١].

١٩٩ — ثامنا : البناء أو الغرس غير المشترك يقع في نصيب غير واضعه ، مستحق الازالة :

لأن واضعه إما أن يكون قد وضعه بغير اذن من وقع في نصيبه ، أو بإذنه : فان كانت الأولى فهو غاصب لحق مقاسمه هذا ؛ ومن حق المغصوب منه الزام الغاصب بالازالة مع ضمان ما ينجم عنها من نقص الأرض — وان كان له أن يعطي الغاصب خيار النزول عن البناء أو الغراس بقيمته مستحق الازالة (القلع) ، بل أن يلزمه بذلك إن كان نقص الأرض بالازالة لا شك فيه .

وان كانت الثانية فان البناء أو الغراس لا يكون غير مشترك إلا إذا كان الآذن قد أذن في وضعه لنفسه (نفس الواضع) ؛ وإذن فهذا الاذن عارية ؛ ومن حق المعير الرجوع في عاريته .

أما ان كان قد أذن في وضعه للشركة ، فهو من المال المشترك نفسه ، ولواضعه إذن حق المطالبة بنفقات حصته فيه ، أعني مطالبة من وقع البناء أو الغراس في نصيبه .

هذا بعد القسمة ؛ أما قبلها ، فان للشريك في حالة عدم اذنه حق الازالة أو طلبها في الحال — وتكون قسمة ما يقبل القسمة ، إذا وقع البناء أو الغراس بها في نصيب واضعه ، طريقا من طرق الازالة [٢] كذا قيل ، والذى اعتمدوه أنه لايملك حق الازلة بل حق طلبها .

وأقرب شيء إلى هذا ما قاله المالكية من أن الخيار للمغصوب منه : ان شاء تملك البناء أو الغراس بقيمته مقلوعا ؛ وان شاء أمر الغاصب بالقلع وتسوية الأرض (٣).

أما الشافعية والحنابلة فيلزمون الغاصب بالقلع (وتسوية الأرض ، أو ضمان نقصها) وأجرتها إلى وقت تسليمها [٤]. ولكن الظاهر أن هذا عند التشاح وانه لو وقع الاتفاق على الابقاء بالقيمة فلا مانع منه . ولذا جاءت عبارة المهذب هكذا «وان غصب أرضا فغرس فيها غراسا ، أو بنى فيها بناء فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك لما روى سعيد ابن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» [٥] فترك الخيار للمغصوب منه ان شاء تمسك بحقه في طلب الازالة ، وان شاء تنازل أو اتفق مع خصمه — وان كان هذا الخصم لا يلزم إلا بالازالة .

٢٠٠ — وفي القوانين الحديثة أيضا يكتفون بأن هذا مفهوم غني عن الذكر : فقد جاء في شرح القانون المدني المصري للسنهوري — مما يتعلق بموضوعنا هذا قبل القسمة — ما يلي : «جاز طبقا لاحكام التقنين المدني الجديد أن يجبر الشريك الباني على ازالة البناء ، ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد الحق بالأرض من ضرر [٦] إلا أنهم عدلوا الحكم الذي كان في القانون المدني القديم مطابقا للشريعة من أن موافقة الشركاء على ابقاء البناء لا بد أن

(١) مجمع الانهر ٢/١٥ ، الخرشي ٤/٩١ ، منهاج الطالبين ١٩٦، ١٩٨ ، دليل الطالب ١٠٨ ، قواعد ابن رجب ١٥٧

(٢) رد المحتار ٥/١٧٦ ، مجمع الأنهر ٢/٦٦٢ ، شرح المجلة للاتاسي ٤/١١٧

(٣) الخرشي ٤/٢٥٩ ، بلغة السالك ٢/٢١٤

(٤) المهذب ١/٣٧١ ، المنهاج بتعليق السراج ٢٧٣ ، دليل الطالب ١٣٧

(٥) المهذب ١/٣٧١ ، والحديث عند ابى داود والدار قطني ، وحسن الحافظ في بلوغ المرام اسناده [نيل الأوطار ٥/٣١٩ ، ٣٢٠] .

(٦) الوسيط ٢/٨٣٤

تكون اجماعية ، واكتفوا في التقنين الجديد بموافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ، شفقة بالشريك الباني ، لأنه قد يتعذر حصوله على الموافقة الاجماعية وقد يكون بحاجة إلى البناء ؛ وبسبب هذه الشفقة نفسها اعتسفت محكمة النقض في مصر تفسير « ملك الغير » الوارد في المادة ٦٥ من القانون المدني المصري السابق فاعتبرت الشريك الباني في الأرض المشتركة ليس بانيا في ملك الغير وان كان لشريكه حق شائع في موضع بنائه ؛ إذ يكفي أن يعطى هذا الشريك الحق في طلب افراز نصيبه ، أي طلب القسمة ، ثم تنتظر نتائجها : فان وقع البناء في نصيب الباني فقد تبين أنه بني في ملكه ؛ وإلا فلمن وقع البناء في نصيبه طلب إزالته أو ابقاؤه بالشروط التي قررها القانون[1] وهذا — وان كان مبنيا على نظرية قانونية حديثة ، ما تزال محل جدل ، تقرر أن القسمة كاشفة لا ناقلة [2] — يمكن أن يكون تفسيرا لعبارة صاحب تنوير الابصار فقد جاءت هكذا : بنى أحدهما بغير إذن الآخر ، فطلب شريكه رفع بنائه ، قسم : فان وقع في نصيب الباني ، فبها ، وإلا هدم »[3] فان ظاهره تعين القسمة ، على خلاف فيه كما أسلفناه[4].

٢٠١ — أما البناء الذي وافق عليه الشريك ، فله في القانون المدني المصري نفس الحكم الذي قررناه : أعني أنه يكون على الشريك الموافق تكاليف بناء حصته ، ويكون الشريك الباني بمثابة الوكيل[5].

* * *

(١) الوسيط للسنهوري ٢/٨٢٤ ، ٨٢٥
(٢) الوسيط للسنهوري ٢/٩٤٨ — ٩٥٦
(٣) رد المحتار ٥/١٧٦
(٤) [ر : ف /١٩٩]
(٥) الوسيط للسنهوري ٢/٨٢٥

الفصل الخامس

أحكـام الطوارىء

وفيـه ثلاثـة فروع

الفرع الأول

الغبن

٢٠٢ — الغبن إذا كان يسيرا محتملا ، فهذا قلما تخلو منه قسمة ؛ ولذا لا تسمع دعواه ، ولا تقبل بينته .

أما الغبن الفاحش — الذي لا يتسامح فيه عادة ، في كل قضية بحسبها [6] — فهذا هو الذي تسمع دعواه : ثم ان قامت به حجة ، من بينة من جانب المدعي ، أو اقرار من جانب المدعى عليه ، فان القسمة تكون مستحقة الفسخ ، وللمغبون أن يستقل بفسخها[7] وبعد ذلك ان شاء الشركاء أو بعضهم ، أعيدت القسمة على وجهها دون جور أو تحيف ، ودون خطأ متفاحش . سواء في ذلك قسمة الاجبار وقسمة التراضي ؛ لأن التعادل شريطة صحة القسمة بكل حال ، ما لم ينزل أحد عن شيء بطيب نفس منه ، ولأن الاجبار أو القضاء مشروط بالعدالة . [8] وان

(٦) في تعريفات الجرجاني : اليسير مايدخل في تقويم مقوم والفاحش ماليس كذلك .
(٧) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٧٢ .
وقع في كلام بعض الحنفية التصريح بان القسمة حينئذ تكون باطلة (رد المحتار ٥/١٧٥)
(٨) على هذا جرى التقنين الفرنسي[الوسيط للسنهوري٢/٩٠١] وشذ التقنين المصري فلم يجز الطعن بالغبن في القسمة القضائية، ونص في قسمة التراضي على أن التعويض باكمال الحصة — ولو بنقود — يسلب المغبون حق الفسخ ثم لم يعتد بالغبن مالم تزد قيمته عن قيمة خمس النصيب حال القسمة (م ٨٤٥ مدني) ، (الوسيط للسنهوري٢/٨٩٩) وقد ترتب على هذا التقدير للغبن المرخص في الفسخ =

كان ثم من يستثنى قسمة التراضي لغلبة معنى المعاوضة فيها ؛ والغبن لا تأثير له في بياعات الملاك[١] . ولا يختلف الحكم لو كان مع المدعى عليه أيضا بينة معارضة، لأن بينة ا لخارج تقدم[٢] أما مجرد دعوى الغبن التي لا تسندها حجة ، فهذه ان لم يكن قد سبق من صاحبها اقرار باستيفاء حقه تسمع دعواه ويستحلف له — ان شاء — من يدعي قبله ، لأنه يدعى ممكنا ، وذاك ينكر «والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر» : فان كان المدعى قبله اثنين ، فحلف واحد ونكل الآخر ، يجمع النصيبان نصيب المـدعي ونصيب الناكل ، ويقسم المجموع بينهما بنسبة حقيهما ؛ لأن النكول حجة في حق الناكل ، دون الحالف .

أما دعوى الغبن المجردة من الحجة والمسبوقة باقرار المدعي باستيفاء حقه — ولو اقرارا ضمنيا : كأن شهد بصحة بيع مقاسمه حصته ، وانه لا مطعن له فيها[٣] فهذه دعوى لاتسمع ، لمكان التناقض بينها وبين الاقرار السابق .

٢٠٣ — هكذا يتلخص مذهب الحنفية ، في دقة ووضوح . وان كان منهم من يعبر بالغلط ، بدل الغبن ، إذ لا شك أن الغبن قد يكون بسبب الغلط [٤] — وان كان أيضا قد يكون جورا متعمدا ، فيكون أحق بالازالة[٥].

وهو ، كما ترى ، لم ينظر فيه إلى سبق الاقرار باستيفاء الحق إلا في حالة تجرد الدعوى مما يسندها .

ولكن من الحنفية من لا يغفل النظر إليه بحال ؛ ويطرد التناقض حتى بين هذا الاقرار والدعوى المدعمة بالحجة والبرهان ، كشهادة رجلين عدلين خبيرين ؛ ويرى من أجل ذلك أن لا تقبل الدعوى المسبوقة بهذا الاقرار إلا في إحدى حالتين اثنتين ، لانتفاء معنى التناقض فيهما :

أ — حالة تضمن الدعوى معنى الغصب : كأن يدعى انه بعد ما قبض حقه أخذ مقاسمه بعضه — كما يقع كثيرا في التنازع على الحدود — وينكر هذا المقاسم .

وفي هذه الحالة ان كان للمدعي بينة قضى له بها — ولو كانت للآخر بينة أيضا ، ترجيحا لبينة الخارج . وان لم تكن له بينة وطلب يمين خصمه حلف له .

[ولكن في الحقيقة ليست هذه من دعوى الغبن في القسمة في كثر أو قل] .

= مجافاة صارخة لروح العدالة ، كما ترى في المثال التالى وننقله لك بنصه كما ذكروه .

«اذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه، وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية ، كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيـه . ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا في هـذه القسـمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيبـه عن الاربعـة الاخماس حتى يكون مغبونا في اكثر من الخمس ، اي يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع في نصيبه اقـل من ٨٠٠ جنيه . أما اذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه او اكثر فانه لايجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فاذا فرضنا أن اربعة من الخمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكـون مجموع انصبة الاربعة ٣٢٠٠ جنيه ، واخذ الشريك الخامس الباقي ، اي اخذ ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الاربعة لايجوز لاي من الشركاء الاربعة ان يطلب نقض القسمة للغبن لان الغبن الذى اصاب كلا من الشركاء الاربعة لايزيد على الخمس (الوسيط للسنهوري ٢/٩٠٣ ، ٩٠٤) .

(١) العناية مع فتح القدير ٣٧/٨

(٢) ردالمحتا ر ٥/١٧٤ ، ١٧٥

---

(٣) شرح المجلة للاتاسي ٤/٦٩

(٤) في التقنين المدنى المصرى او بالحرى الفرنسى ، يقولون : إن الخطأ في الحساب يصحح ، ولا تبطل بـه القسمة ولا تنقض (وسيط السنهورى ٢/٩٠٢)

(٥) بدائع الصنائع ٧/٣٦

ب – حالة اقرار المدعي عليــه . كما قرره صاحب المبسوط إذ يقول : « اقتسما الدار واشهدا على القسمة والقبض والوفاء ، ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه ، لم يصدق إلا أن يقر به صاحبه ؛ لأنه متناقض[1] ».

وهذه طريقة القدوري وصاحب الهدايــة وجماعة من المفتين ، كقاضي خان[2].

[ولا يخفى مجافاتها لروح العدالة] ؛ إذ كيف ينكر على المدعي حقه بعد ما ظهر كالشمس الطالعة لمجرد انه أقر خطأ باستيفائه ! أو كما يقول صدر الشريعة – على بعض قصور فيه – « انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله ؛ فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق »[3].

ولذا اعتمد ابن عابدين الطريقة الأولى ، تبعا لما جزم به أكثر أصحاب المتون ، وسبقه إليه آخرون : كصاحب المواهب والاختيار ، إذ يقول الأول : « تقبل بينته ، وقيل لا » ويقول الثاني : « وقيل لا تقبل دعواه للتناقض[4]»

[ومن عجب بعد هذا كله أن يجروا في المجلة العدلية[5] على الطريقة الثانية ضاربين بالمنطق الصحيح عرض الحائط] .

٢٠٤ – والأئمة الثلاثة يوافقون الحنفية [6] على أن الغبن إذا ثبت وقوعه عمدا أو خطأ بحجة قامت عليه [7] فان لمدعيه الحق في نقض القسمة [8] وإلا فليس له على خصمه سوى اليمين . إلا أنهم يخالفونهم في ثلاثة مواضع : عدا المشهور من ذهابهم إلى تقديم بينة ذي اليد .

الموضع الأول : أنهم لا يفرقون بين سبق اقرار المدعي باستيفاء حقه وعدمه .

الموضع الثاني : أنهم لا يفرقون بين الغــبن الفاحش واليسير . وان كان من المالكية – كابن

(١) رد المحتار ٥/١٧٤

(٢) فتح القدير ٨/٣٧٠ ، رد المحتار ٥/١٧٤

(٣) رد المحتار ٥/١٧٤

(٤) رد المحتار ٥/١٧٤

(٥) [م ١١٢٧]

(٦) لكن بشريطة تزيدها المالكية ، وهي ان لايتقادم العهــد بالقسمــة ، اي ان لا تمضي عليها مدة تشعر بالرضــا ، وحدها بعضهم بعام ، وهو الذى عليه القانون المدنى المصرى [الوسيط للسنهورى ٢/٩٠٦] ، وسلمه جماهيرهم فيمـا لم يتفاحش ، اما فيما يتفاحش فقد حدها بعضهــم بنصف عام ، وتركها للعرف آخرون ، ومنهم من نص على ان المدعى يحلف بكل حال انه ما اطلع قبل ذلك على الغبن ورضي به الخرشي وحواشيه ٤/٤١٢ وبلغة السالك ٢/٢٤٤

(٧) يصرح بعض الشافعيــة بان منها علم القاضى ، او شاهدا ويمينا [نهاية المحتاج ٨/٢٧٦] ويجزم متأخروهم بانـــه لايكفى هنا رجل وامرأتان ولارجل ويمين [التجريد المفيد ٤/٣٧٣]

(٨) وقع في كلام بعض الحنابلة التصريح ببطلان القسمــــة حينئذ ونص عليه الشافعية هنا فيما اذا ثبت الغلــط في كيل او وزن الربوي ، كما نصوا على ان البطلان حينئــذ لايحتمل الخلاف لمعنى الربا [مغنــي المحتــاج ٤/٤٢٥ والمغني لابن قدامة ١١/٥٠٨ والفروع ٣/٨٥١] ويبــدو ان البطلان مطلقا – لا في خصوص هذه الجزئيــة – هــو مقصود الشافعيــة هنــا بقولهم « نقضت القسمــــة » ، كما رأيناه مصرحا بــه في كلام الحنابلــة وبعض الحنفيــة، اعنى انهم يعنون انه بثبوت الغبن يتبين الا قسمـــة ، وليس النقض الا مجرد اظهار لهذه الحقيقــة . يدل على ذلك امران : الاول : انهم عبروا بالنقض ايضا بالنسبة للقسمة التى هى محض تمييز حقوق ، مع ان حقيقة القسمة حينئذ لا توجــد اصلا مع الغبن . الثــاني : انهم قاسوا نقض القسمــة بثبوت الغبن على نقض قضاء القاضى بثبــوت ظلمه [مغني المحتاج ٤/٤٢٥] وقــد قــالوا في تفسيــر نقض هــذا القضاء – في مباحثــه – انــه يتبين ان لاحكم في الواقــع ، وليس النقض الا مجرد إظهــار لبطــلانه [التجريد المفيــد ٤/٣٥٤] . لكن عبارة بعض حواشي المالكيــة هكذا: « كان لــه (اى لمدعــى الغبن)النقض » [الخرشي ٤/٤١٢] .

أبي زيد — والحنابلة من يوافق الحنفية على اشتراط أن يكون الغبن فاحشا[١].

الموضع الثالث : انهم يفرقون بين قسمتي التراضي والاجبار [٢]. ويقصرون النقض بثبوت الغبن على قسمة الاجبار دون التراضي (عكس القانون المدني المصري) لنفس المعنى الذي أبداه بعض الحنفية ، إذ ذهبوا إلى هذه التفرقة عينها[٣] أو — ان شئته بعبارة هؤلاء — لأن في قسمة التراضي رضا بترك الزيادة ، كما لو اشترى شيئا وغبن فيه[٤]. اللهم إلا إذا جرينا في قسمة التراضي على أنها محض تمييز حقوق ، فحينئذ تنقض أيضا بثبوت الغبن ؛ لان أصل معناها لا يتفق معه[٥].

٢٠٥ — على أن منهم — على القول بأنها بيع — من لا يفرق بينها وبين قسمة الاجبار ، كما هو معتمد الحنفية ، وهذا هو الذي جرى عليه خليل من المالكية وشهره — وان استثنى قسمة التراضي التي لم تبن على تقويم ولا تعديل ولم يعقدها وكيل ، كما قيدوه[٦] ؛ لأنها على هذا النحو لا تشبه قسمة القرعة[٧] — وجرى عليه الاصطخري من الشافعية[٨] وابن قدامة من الحنابلة وله في ذلك عبارة جامعة يحسن اثباتها هنا ، كما هي ، وهذا نصها : « والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط - أي أنه أعطى دون حقه — كما في عبارة له سابقة[٩] نقضت القسمة(للوجوه التالية):

٢٠٦ — ١ — لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة ، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله أو وزنه .

وقولهم إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح ؛ فانه انما يسقط مع علمه . أما إذا ظن انه أعطى حقه فرضي ، بناء على هذا ، ثم بان له الغلط ، فلا يسقط به حقه ؛ كالثمن والمسلم فيه : فانه لو قبض المسلم فيه بناء[١٠] على انه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت انه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه انه غلط فاعطاه اثني عشر ، وثبت ذلك ببينة ، لم يسقط حق واحد منهما بالرضا ، ولا يمنع سماع دعواه وبينته .

٢ — ولأن المدعى عليه في مسألتنا ، لو أقر بالغلط لنقضت القسمة . ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة باقراره ؛ كما لو وهبه الزائد .

٣ — وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة أذرع ، فبانت تسعة أو أحد عشر ، أن البيع باطل في أحد الوجهين ، وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه ؛ والبيع انما يلزم بالتراضي — فلو كان التراضي يسقط حقه من الزيادة ، لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص ، والله أعلم . »

٢٠٧ — ٤ — ولأن من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه ؛ كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ، ثم بان نصيب أحدهما مستحقا .

فان قيل فلم لا نعطى المظلوم حقه في هاتين المسألتين (يعني قسمتي الاجبار والتراضي بعد ثبوت الغبن) ولا تنقض القسمة ، كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه ؟ قلنا لأن الغلط ها هنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها ، وهو تعديل السهام ، فتبطل لفوات شرطها . وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون العقد ،

(١) بلغة السالك ٢/٢٤٤ ، الفروع ٢/٨٥١ ، الانصاف ١١/٣٥٩

(٢) عبارة المالكية : بين قسمة القرعة وغيرها [بداية المجتهد ٢/٢٧٠] وعبارة الحنابلة بين ما اذا قسم قاسم القاضى او من هو بصفته وما اذا لم يكن الامر كذلك [المغنى ١١/٥٠٦]

(٣) ر : ف٢٠٢

(٤) مغنى المحتاج ٤/٢٥

(٥) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ ، الانصاف ١١/٣٥٢

(٦) التحفة وحواشيها ٢/٧١

(٧) الخرشي ٤/١٢

(٨) المهذب ٢/٣٠٩

(٩) ١١/٥٠٧

(١٠) اي معتقدا انه عشرة

فان العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته ؛ بخلاف مسألتنا[١].

[ومن المفارقات اللطيفة أن هذا الذي نفاه من الاكتفاء عن نقض القسمة برد النقص على صاحبه هو الذي اقتصر عليه بعض كتب الحنابلة المتأخرة [٢] ولكن لا عجب فقد تركوا أصل قوله في التسوية بين قسمي الاجبار والتراضي] .

تنبيه :

٢٠٨ — هل تسمع دعوى الحيف أو الغلط على القاسم نفسه ؟ يقول الرملي من الشافعية في نهاية المحتاج : « لا تسمع على قاسم الحاكم ؛ لأنه لو أقر لم تنقض »[٣] ومعنى ذلك أنها تسمع على قاسم غيره فحسب ؛ ولكنه يضيف أن الزركشي بحث سماعها على قاسم الحاكم ، رجاء أن يثبت صدق الدعوى ، فيرد الاجرة ، ويغرم للمغبون ما غبن به : كما لو قال قاض غلطت في الحكم ، أو تعمدت الحيف[٤] وقيده الخطيب في مغني المحتاج بما إذا لم يصدقه الشريك المدعى عليه ، وإلا نقضت القسمة[٥] [وهو مفهوم غني عن البيان] .

الفرع الثاني
العيب

٢٠٩ — لم يحكم ببطلان القسمة بظهور العيب في بعض الانصباء إلا الحنابلة . وليس هو أصل المذهب ، وانما أبدوه احتمالا ، بناء على أن التعديل من شرائط القسمة[٦] .

وفيما عدا ذلك نجد الحنفية والشافعية والحنابلة يحيلون أحكام العيب هنا على أحكامه في البيع . ولا يزيد أكثرهم على القول بأنه إذا وجد أحد المتقاسمين بنصيبه عيبا ، فان له حق الرد بالعيب ، كما في البيع . وكل ما زاده الحنفية شيءٌ مستغنى عنه وهو التنبيه على انه إذا وجد مانع من الرد فان واجد العيب لا يرجع بتمام النقصان كما في البيع بل بنصفه (أي إذا كانت الشركة بين اثنين على سواء) من نصيب شريكه ، نظرا لما بين طبيعتي المحلين من تفاوت[٧].

٢١٠ — والذين بسطوا الموضوع وأوسعوه بحثا وتفصيلا هم المالكية ، إذ يبدءون بتقرير مبدأ الرد بالعيب ، كما قرره الحنفية ، من غير فرق بين عقار ومنقول أو قسمة اجبار وقسمة اختيار ، وبالتصريح بأن لواجد العيب أيضا حق التماسك [٨] ، أي الامتناع عن الرد ، لكن دون أن يرجع بشيءٍ لأنه المقصر بترك الرد . ثم يفرقون في الرد بين حالتين :

٢١١ — الحالة الأولى : أن يكون العيب في أكثر النصيب[٩] : وفي هذه الحالة يكون من حق واجد العيب أن يرد نصيبه بأسره ، وينقض القسمة . واذن تعود الشركة كما كانت ان كان النصيبان [١٠] قائمين : لم يفوتا ولا أحدهما ، كلا أو بعضا ؛ وإلا فلكل من السالم والفائت حكمه : فالسالم شركة كما كان — وبمثابة السالم مثل المثلي الفائت — والفائت القيمي يرد من فات بيده نصف قيمته [١١] يوم قبضه أياه ،

---

(١) المغني ٥٠٨/١١ .

(٢) مطالب أولي النهى ٥٦٢/٦ كما قاله المقننون الوضعيون وتصحيح خطأ الحساب ر ف : ٢٠٣ تعليق٤

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨

(٤) أيضا نهاية المحتاج ٢٧٦/٨

(٥) ٤٢٥/٤ .

(٦) المغني ٥١٠/١١ ، والانصاف ٣٦٣/١١

(٧) بدائع الصنائع ٢٨/٧ ، والمهذب ٣٠٩/٢ ، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، والمغني ٥١٠/١١ .

(٨) التعبير المتداول عند غيرهم : الامساك

(٩) في كلام ابن القاسم في المدونة انزال الجزء الأهم منزلة الجزء الاعم ، فقد ساله سحنون عن اثنين تقاسما فاخذ احدهما نخلا ودورا وحيوانا ، واخذ الآخر بزا وعطرا وجواهر ، وتراضيا على ذلك فوجد احدهما في بعض ماصارله عيبا — وليكن الجواهر وحدها ، او بعض العطر — ايرد ماوجده معيبا فحسب ؟ أم جميع نصيبه ؟ فلجاب ابن القاسم : ان كان المعيب هو وجه ماصار له رد جميع نصيبه (المدونة ٢٠٥/١٤)

(١٠) ولنفرض ان الشركة كانت بين اثنين مناصفة .

(١١) صحح الخرشي العبارة (وهى عبارة خليل) بقيمة النصف (٤١٤/٤) .

على شريكه ؛ ولم يعتبروا القيمة يوم القسمة ، لأن حق الرد يجعلها كالبيع الفاسد . فاذا فات النصيبان كلاهما ، فان واجد العيب هو الذي يعود بنصف ما زادته قيمة نصيب شريكه على قيمة نصيبه هو [١] يوم القبض .

٢١٢ – الحالة الثانية : أن يكـون العيب في النصف فاقـل : وفي هذه الحالة لا يكون لواجد العيب حق نقض القسمة ، ورد نصيبه كاملا . وانما يكون له الرجوع بنصف البعض المعيب على نصيب شريكه قيمة : فاذا فرضنا أن القدر المعيب من نصيب واجد العيب هو ثلثه فانه يرجع بنصفه وهو السدس على نصيب شريكه فيستحق قيمة سدس نصيب شريكه هذا ، ولا يعود شريكا فيه . ولكن صاحب النصيب السليم يعود شريكا في الثلث المعيب بحق نصفـه [٢] أي بنسبة ما أخذ منه .

تنبيـه :

٢١٣ – ذكر المالكية هنا ممـا يفوت بـه النصيب : الهدم والبناء ، والصدقة والوقف وحوالة السوق في غير العقار ، وطحن القمح . لكن ان كان الفوات بالطحن ، في النصيب السليم ، فعلى صاحبه مثله كيلا ، وان كان في النصيب المعيب فعلى صاحبه قيمته ، لأن العيب يخرجه عن المثلية : ثم يكون هذا وهذا شركة بينهما [٣] .

وكـل من أثبت من أهـل العلم الرد بالعيب في القسمة ، فانما فرض كلامه – ان كانت القسمة قسمة تراض – فيمن كان جاهلا بالعيب عند القسمة . وقد صرح به الحنابلة [٤] .

٢١٤ – وفي التقنين المدني المصري ، لا يفردون العيب ببحث : ويكتفون باعطائه أحكام الغبن إذا بلغت قيمته أكثر من الخمس [٥] .

الفرع الثالث

الاستحقـــاق

٢١٥ – إذا استحق جميع المال المقسوم تبين أن لا قسمة ، لأنها لم تصادف محلا . وإذا استحق نصيب أحد المتقاسمين بأسره بطلت القسمة ، ورجع من كان أخذه شريكا في بقية المقسوم ، كأن لم تكن قسمة ، باعتبارها كل المال المشترك حينئذ [٦] . أما إذا استحق بعض نصيب أحد المتقاسمين (ولنفرضهم اثنين على التساوي) فان القسمة تبطل في القدر المستحق : ثم هل تستأنف القسمة أو لا تستأنف ؟ وهل يثبت الخيار أو لا يثبت ؟ يتبين الجواب بتتبع الاحتمالات الممكنـة في الموضوع ؛ وهي احتمالات أربعة : لأن المستحق اما أن يكون بعضا معينا أو شائعا ، وعلى كل اما أن يكون في كلا النصيبين أو في أحدهما .

فلنتناولها بالبحث تباعا ، مع ملاحظة أن لا فرق في ذلك بين قسمي الاجبار والتراضي. [٧]

٢١٦ – الحالة الأولى : أن يستحق بعض معين من نصيب واحـد فحسب : وفي هذه الحالة لا يكون لزاما أن تفسخ القسمة عند الحنفية ، إذ لا ضرر على المستحق ؛ ويعطى الخيار للمستحق منه : ان شاء رجع بقسطه (ما يخصه فيما استحق) في نصيب شريكه – فاذا استحق منه النصف

---

(١) قياس تصحيح الخرشي السابق ان يقال هنا : يرجـع بمازادته قيمة نصف النصيب السليم على قيمة نصف النصيب المعيب .

(٢) ولنفرض ان الشركة كانت بين اثنين مناصفة

(٣) المدونة ١٤/٥٠٢ ، ٥٠٤ والخرشي ٤/٤١٣ ، ٤١٤

(٤) المغني ١١/٥١٠

(٥) الوسيط للسنهوري ٣/٩٧٣

(٦) رد المحتار ٥/١٧٤ ، وبدائع الصنائع ٧/٢٤ ، والتحفة وحواشيهـا ٢/٧٤ ، ونهـايـة المحتاج ٨/٢٧٦ .

وفي التقنين المدني المصري : من استحق نصيبـه كلـه لا يملك حق الفسخ – واولى اذا استحق بعض نصيبه على التعيين او الشيوع – وانما لـه حق التعويض على سائر المتقاسمـين بنسبة حصصهم وبحسابـه واحـدا منهم (الوسيط للسنهوري ٨/٩٧١ ، ٩٧٣)

(٧) الفتاوى الهندية ٥/٢٢٥ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٦٣

رجع بالربع — وان شاء نقض القسمة ، واستأنفا قسمة جديدة ؛ لئلا يتفرق عليه نصيبه : فالمستحق منه أيضا لا ضرر عليه ، ما دام الخيار بيده . نعم ان عجز عن رد ما وراء ما استحق منه — كأن كان باع منه شيئا — فان هذا الخيار ينزع من يده ، ولا يكون له حق نقض القسمة ، ولا يبقى له إلا حق الرجوع بما يخصه فيما استحق منه [١].

٢١٧ — وبعض المالكية يفسرون مذهبهم على هذا النحو من الخيار إذا كان المستحق من النصف إلى الربع ، أي تجاوز الربع ولم يتجاوز النصف (بالنسبة إلى النصيب الذي استحق منه) فيصدق — فيما يصدق — بالنصف نفسه ، وبالثلث . لكنهم لم يعتمدوه — وان كان هو نص أشهب ، لأنه خلاف مذهب المدونة[٢]. وقرروا الخيار على نحو آخر ، يتلخص في أن المستحق منه ان شاء تماسك ، ولم يرجع على شريكه بشيء ؛ وان شاء رجع عليه شريكا في نصيبه بقدر ما يخصه هو فيما استحق منه . وضربوا لذلك مثلا [يمكن تعديله] إلى دارين أخذ كل من المتقاسمين دارا منهما ثم استحق من أحدهما نصف داره : فان له أن يتماسك ، ولا شيء له ؛ وله أن يرجع شريكا بربع الدار الأخرى ، ان كانت قائمة — فان فاتت رجع على صاحبها بربع قيمتها يوم قبضه إياها[٣] أما إذا كان البعض الذي استحق أكثر من نصف النصيب الذي وقع فيه أو كان ربعه فأقل ، فلا خيار للمستحق منه في كلتا الحالين . بل تنفسخ القسمة في الحالة الأولى ، وترجع الشركة كما كانت ؛ وتبقى لا حق في نقضها في الحالة الثانية ، وليس للمستحق منه إلا الرجوع على مقاسمه بنصف قيمة ما استحق منه هو ؛ ولا تعلق له بنصف ما يقابله من نصيب شريكه : فلا هو يرجع شريكا به ، ولا هو يستحق قيمته — وان وهم بهذا الأخير بعضهم[٤].

٢١٨ — أما الشافعية والحنابلة فقد أطلقوا القول ببطلان القسمة ، لأن ما يبقى لكل من المتقاسمين ليس قدر حقه ، فيحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر ، وتعود الاشاعة[٥]. [وهو منطق شديد الوضوح قوى الاسر] . وليس معنى البطلان إلا أن القسمة لم تتحقق أصلا بمعناها المقرر شرعا[٦] وقد استثنى العز بن عبد السلام ما لو استحق من نصيب أحد الغانمين عين لمسلم : كان قد استولى عليها الحربيون ، مع كثرة الجند ، ومشقة النقض — فيعوض من استحقت منه من خمس الخمس ، وتمضى القسمة[٧].

٢١٩ — الحالة الثانية : أن يستحق بعض معين من النصيبين : وفي هذه الحالة أيضا لا تفسخ القسمة ، ان تساوى البعضان المستحقان : كهذه الخمسة الأذرع من هذا النصيب ، وهذه الخمسة الأذرع من ذاك . أما ان تفاوتا — كهذه الستة الأذرع من هذا ، وهذه الأربعة الأذرع من ذاك [٨] فان المستحق منه الأكثر يحق له أن يفسخ القسمة ؛ لأنه سيحتاج إلى الرجوع بما يخصه في الزيادة — وهو ذراع في مثالنا — على صاحبه في نصيبه ، فيتفرق عليه حقه . فان رضي بهذا التفرق فذاك شأنه ، لا اعتراض عليه فيه[٩].

هكذا يقرر الحنفية .

٢٢٠ — وقد أشار المالكية الى هذا الموضوع بعبارة موجزة اذ يقولون : « إذا كان الاستحقاق في النصيبين أو الانصباء ، فانه لا كلام لواحد

(١) الفتاوى الهندية ٥/٢٢٥ ، ورد المحتار ٥/١٧٤

(٢) التحفة وحواشيها ٢/٧٤

(٣) الخرشي ٤/٤١٤ .

(٤) الخرشي ٤/٤١٤ ، التحفة وحواشيها ٢/٧٤

(٥) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ ، ومطالب أولي النهى ٦/٥٦٣

(٦) مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، والمغني لابن قدامة ١١/٥٠٩

(٧) مغني المحتاج ٤/٤٢٦

(٨) والفرض تساوي النصيبين ، والا فالمرعي انما هو التساوي النسبي ، اي ان تكون نسبة ما استحق من هذا الى نصيبه هي نسبة ما استحق من ذاك الى نصيبه (قواعد ابن رجب ص ٤١٥)

(٩) رد المحتار ٥/١٧٥ .

منهما أو منهم لاستواء الكل في ذلك »[1]. [وواضح أنه لا يلزم الاستواء : فقد يستحق من واحد أكثر مما يستحق من الآخر ، كما مثلنا آنفا . ولعلهم عند التفاوت ينظرون إلى الزيادة فحسب ، ويجعلونها من قبيل الاستحقاق من واحد .]

أما الشافعية والحنابلة فيوافقون على بقاء القسمة في الباقي في حالة تساوي المستحق من كلا النصيبين ، لعدم التراجع ؛ ولكنهم عند تفاوته يقضون ببطلان القسمة ، لأنه مع الحاجة إلى التراجع لا يتحقق أصل معناها[2]. على أن الحنابلة يستثنون من الصحة عند التساوي ما إذا كان ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر منه في نصيب الآخر – كأن كان يسد طريقه ، أو مجرى مائه ، أو يمنع عنه الضوء والهواء – ويحكمون ببطلان القسمة حينئذ ، لفوات معنى التعديل[3]. [ولا أحسب الشافعية يخالفون عن هذا لأنه لا تساوي إذن في واقع الأمر] .

٢٢١ – الحالة الثالثة : أن يستحق بعض شائع في نصيب واحد : كما لو اشترك رجلان في قطعة أرض على الشيوع وغاب أحدهما ، واشترى الآخر قطعة أخرى ضمها إلى الأولى ثم مات وورثه ابناه واقتسما الأرض كلها (القطعتين) مناصفة وهما لا يعلمان ؛ فعاد الشريك الغائب وأثبت استحقاقه في القطعة الأولى وقد وقعت في نصيب أحدهما : وفي هذه الحالة يرى أبو يوسف أن لا مفر من نقض القسمة ، أي الحكم بفسادها ، لأن مقصودها لم يتحقق ، وهو تمييز الانصباء بعضها من بعض ؛ لبقاء الشيوع في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق بمجرد ظهوره ، وفي النصيب الآخر برجوع المستحق منه فيه بحصته مما استحق . واذن تستأنف القسمة : فيقسم الباقي بعد الاستحقاق، لا فرق بين ما استحق منه وما لم يستحق ، فان كان المستحق منه قد باع من نصيبه شيئا ضمن حصة شريكه فيما باع ؛ لأن القسمة تنقلب بالاستحقاق فاسدة ، والمقبوض بالفاسد مملوك ، فينفذ بيعه ؛ لكنه مضمون بالقيمة ، فعليه هذا الضمان هنا .

وقد ذكر الطحاوي والحاكم الشهيد أن محمد بن الحسن هنا مع أبي يوسف . وليس كذلك ، فمحمد مع الامام – كما روى ابن سماعة وابن رستم – على رفض قوله ، لأن ظهور مثل هذا الاستحقاق ، الذي ليس هو في كل نصيب ، لا يخل بمقصود القسمة الذي هو التمييز والافراز ؛ ولذا تصح القسمة لو انشئت هكذا منذ البدء : كما لو كان مقدم الدار مشتركا بين ثلاثة ، ومؤخرها بين اثنين منهم ، فاقتسم الاثنان على أن لأحدهما نصيبهما في المقدم مع جزء معين من المؤخر وللآخر الباقي[4] . واذن فلا مانع من بقاء القسمة على الصحة ، ويكون حكم هذه الحالة – عند الامام ومحمد – هو بعينه حكم الحالة الأولى (حالة استحقاق بعض معين في نصيب واحد)[5] .

وهو أيضا كذلك عند المالكية لا يختلف عن حكم الحالة الأولى عندهم بما قدموه فيها من تفاصيل[6].

أما الشافعية والحنابلة فيقضون بالبطلان لعدم وصول كل متقاسم إلى حقه . وهو في المعنى تعليل أبي يوسف ، فهم يوافقونه حكما وتعليلا[7].

٢٢٢ – الحالة الرابعة : أن يستحق بعض شائع من النصيبين : وفي هذه الحالة يمكن أن يتساوى البعضان المستحقان (تساويا نسبيا) ، كما لو استحق على الشيوع نصف أو ثلث الدار المقسومة

(١) الخرشي ٤/١٥)
(٢) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ ، والمغني ١١/٥٠٩
(٣) المغني ١١ /٥٠٩ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٦٣

(٤) لايخفى الفرق .
(٥) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٤ ، ورد المحتار ٥/١٧٤ ، الفتاوى الهندية ٥/٢٢٤ .
(٦) التحفة وحواشيها ٢/٧٣ .
(٧) الشرقاوي على التحرير ٢/٥٠٠ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٦٣ .

كلها ، وان يتفاوتا ، كما لو استحق على الشيوع أيضا ، نصف أحد النصيبين المتساويين وربع الآخر . ولكن الحنفية لا ينظرون إلى هذا ، ويطلقون القول بأن القسمة تفسخ ، لئلا يستضر المستحق بتفرقة نصيبه ، أو كما يقولون في الفتاوى الهندية : « تكون القسمة فاسدة »[١].

ولا يتعرض المالكية لاحتمال التفاوت هنا ، كما لم يتعرضوا له في المستحق من النصيبين على التعين ، ثم يقولون : ليس لأحد من المتقاسمين أن ينقض القسمة ، لأنهما سواء فيما استحق من نصيبهما ، وانما يكون حق نقضها للمستحق نفسه ، لئلا يتفرق عليه نصيبه[٢] .

أما الشافعية والحنابلة [فلو استمروا على منهجهم الواضح : « حيث لا تراجع تصح القسمة ، وإلا فلا » لكان معناه أن القسمة تكون صحيحة في الباقي ، إذا تساوى البعضان المستحقان وغير صحيحة إذا تفاوتا] . وقد صرح به الشافعية واعتمدوه – وان سكتوا عن حالة التفاوت ، وجاراهم بعض الحنابلة ، تفريعا على القول بتفريق الصفقة – فلا تنافي بين بطلان القسمة فيما استحق ، وصحتها فيما بقي ؛ ومن متممات القاعدة اعطاء الخيار لكلا الشريكين بحيث لو آثر أحدهما فسخ القسمة لكان له ذلك . لكن صاحب المهمات من الشافعية يزعم ان أكثر الشافعية هنا على عدم تفريق الصفقة ، أي على بطلان القسمة فيما استحق وفيما بقي ؛ وانه المفتى به ، ويطيل في الانتصار له . وقديما جزم به الشيخ أبو إسحق ؛ لأن القصد من القسمة – هكذا قال – تمييز الحقين ؛ ولم يحصل ذلك ، لشيوع ما استحق[٣]. وهو الذي اعتمده الحنابلة[٤] .

(١) ٥/٢٢٤ ، رد المحتار ٥/١٧٤ ، ١٧٥

(٢) الخرشي ٤/٤١٥ ، والتحفة وحواشيها ٢/٧٤ ، ومن هذا يتبين انهم كالحنفية فارضون ان المستحق واحد ، مع انه ليس بلازم .

(٣) المهذب للشيرازي ٢/٣٠٩ ، ٣١٠ .

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٢٥ ، والانصاف ١١/٣٦١ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٦٣

تنبيه :

٢٢٣ – إذا قسمت دار واحدة ، أو أرض واحدة ، بين اثنين ، فبنى أحدهما في نصيبه ، ثم استحق هذا النصيب ، فبطلت القسمة ونقض البناء ، فان الباني لا يرجع على مقاسمه بشيء اتفاقا ؛ لأن هذا من مواضع قسمة الاجبار القضائي فضعف فيه معنى البيع .

أما إذا كانتا دارين أو أرضين ، وأخذ كل واحدة ، ثم استحقت إحداهما ، وقد بنى فيها آخذها ، فان للباني حق الرجوع على مقاسمه بنصف قيمة البناء : أما عند الامام ، فلأن هذا ليس من مواضع الاجبار القضائي ، فبرز فيه معنى البيع ، وما يتبعه من ضمان ؛ وأما عند الصاحبين فلأنه ، وان كان موضع اجبار عندهما إذا رآه القاضي ، فان هذا لا يتحقق إلا إذا قسم القاضي ، والمسألة مفروضة في قسمة التراضي . وهذا هو الذي اعتمده القدوري ، وقال صاحب البدائع انه الصحيح – وان كان منهم من يمنع الرجوع على رأي الصاحبين ، لمجرد أن هذا في الجملة موضع اجبار عندهما[٥] .

فاذا كان القاضي هو الذي أجبرهما على قسمة الدارين أو الأرضين فلا رجوع اتفاقا : أما عند الصاحبين فبين بنفسه ؛ واما عند الامام ، فلأنها تلتحق – بقضاء القاضي – بالدار أو الأرض الواحدة ؛ إذ كان قضاء في موضع الاجتهاد[٦] .

٢٢٤ – ولم ينظر الشافعية إلى كون المحل للاجبار أو لغيره ، واطلقوا القول بأنه إذا تبين فساد القسمة ، وقد بنى أحد المتقاسمين أو كلاهما (أو تجشم نفقات على نصيبه) فان الحكم لا يختلف عما لو وقع ذلك بعد بيع فاسد ، إلا في أنه هنا لا يتحمل كل واحد من المتقاسمين

(٥) البدائع ٧/٢٥ ، ٢٦

(٦) الهندية ٥/٢٢٤

من أرش النقصان إلا بنسبة نصيبه.[١] [وهذا بالرغم من أنهم يعتمدون أن في القسمة ما هو محض تميز حقوق ، وليس من البيع في شئ] . ومثله للقاضي من الحنابلة ، ولكنهم يعتمدون أن لا رجوع إلا في قسمة التراضي ، لأنها هي التي في معنى البيع ، أما قسمة الاجبار فليست إلا تميز حق من حق — حتى لقد قال ابن رجب في قواعده : « ان قلنا هي (أي القسمة مطلقا) إفراز ، لم يرجع على شريكه »[٢] .

ملحق :

ظهور دين أو إرث او وصية :

يفرق هنا بين حالين :

٢٢٥ ـــ أـظهور وارث او موصى لـــه بجـــزء شائع مـــن التركة : كأن قسمت التركة ثم ظهر للميت زوجة أخرى ، أو ابن من زوجة أخرى ، أو ظهر موصى له بثلث التركة أو ربعها أو سدسها .

والذي عند الحنفية في هذا ، أن القسمة ترد ، وتعتبر كأن لم تكن لفسادها بظهور شريك لم يشترك فيها بل ولم يحسب فيها حسابه . ولا يجدي فتيلا أن يقول المتقاسمون: نحن نعطـــي المستحق حقه ، وتبقى القسمة — ما لم يرض المستحق نفسه — لأن حقه متعلق بعين التركة ، فلا ينتقل عنها إلا برضاه[٣] .

ويوافقهم المالكية إذا كان المقسوم قيميا، لتفاوت الاغراض ؛ أما في جانب المثليات والنقود بخاصة فانه لا تنتقض القسمة ، ويكفي أن يرجع المستحق على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائدا عن حقه : ولا يؤخذ ملء عن معدم ، ولا حاضر عن غائب ، ولا حي عن ميت — سواء علموا بوجود المستحق أم جهلوا ، كما هو مذهب المدونة — وان كان ابن الحاجب يرى هذا الضمان على من كان يعلم ، بسبب تعديه[٤] .

٢٢٦ — ولا يفرد الشافعية والحنابلة هذه المسألة بكلام ويكتفون بدخولها في عموم مقرراتهم التي أسلفناها في الاستحقاق[٥] .

٢٢٧ ـــ ب ـــ ظهـــور دائن للميت ، او موصى له بمقدار مرسل من المال :أي لم يعين الموصى التركة لأدائه. وذلك كأن قسمت التركة، ثم ظهر ان على الميت دينا ، يستغرق التركة أولا يستغرقها ، او ظهر موصى له بعدد من الدنانير او غيرها كألف او الفين ، هكذا مرسلة دون تقييد بمحل .

والحنفية هنا ايضا يقضون بفساد القسمة، لأن الدين — وفي معناه الموصى به هنا — مقدم على الارث ، ومانع من تملك الورثة التركة ولا قسمة في غير ملك — الا اذا قضي الدين او ضمنه الورثة [او بعضهم بشـــرط ان لا يرجع في التركة[٦]] او غيرهم ، اوابرأ منه الدائن ، او اجاز القسمة، اوكان قد بقي من التركة ما يفي بدينه ؛ اذ لاحاجة الى فسخ القسمة حينئذ ؛ و ليس للدائن او الموصى له ان يصـــر على نقض قسمة التركة ، وهو يعطى حقه من غيرها ؛ او مما بقي منها بلا قسمة ؛ لان حقه ليس متعلقا بعين التركة[٧] بل بماليتها وما يقضي به حقه ايا ما كان . [٨]

٢٢٨ — والمالكية يوافقون الحنفية على هذا كلـــه؛ ولا يفرقون هنا ، كما فرقوا في (أ) بين قيمي ومثلي .

---

(١) نهـاية المحتاج ٢٧٦/٨

(٢) قواعد ابن رجب ص ٤١٣ ، والمغني ٥١٠/١١ ، ومطالب اولي النهى ٥٦٣/٦

(٣)الزيلعي على الكنز وحواشيـــه ٢٧٥/٥ ، والهندية ٢٢١/٥

(٤) التحفـــة وحواشيهـــا ٧٦/٢ ، والخرشي ٤١٦/٢

(٥) أنظر ف ٢٢٢

(٦) فان شرط الرجوع فيهـــا او سكت فان القسمة تنقض ، لانه لم يزد على استبدال دائن بدائن (الفتاوى الهنديـــة ٢٢٢/٥ ،الاتحاف باشباه ابن نجيـــم ٥٣٥ .

(٧) نظر فيه الطحطاوى بان الدين يتعلق بعـــين التركة بعـــد ثمة الميت.ونقله ابن عابدين،وسكت عنه(رد المحتار ١٧٥/٥).

(٨) الزيلعي على الكنز ٢٧٥/٥ والعناية مع فتح القدير ٣٧٦/٨ والفتاوى الهنديـــة ٢٢٢/٥

وهم يرون في ابطال قسمة المثلى هنا ثمرة عملية : هي ان ماتلف بسبب سماوي في يد بعض المتقاسمين لا يكون من ضمانه وحده ، بل من ضمان جميعهم . فهم هنا أكثر تشددا ، اذ يعتبرونها حالة تعد ، ولذا يصرح بعضهم بأن الغريم هنا يأخذ المليء عن المعدم ، والحاضر عن الغائب ، والحي عن الميت ، وبعبارة خليل : «يستوفي الغريم ممن وجد ، ثم يتراجعون» [١]

اما الشافعية والحنابلة فيخيرون الورثة هنا بين قضاء الدين ، ونقض القسمة وبيع ما يفي بالدين او بيع التركة كلها ان لم يكن في بعضها وفاء ؛ لان الدين لا يمنع من الارث . فان اجاب البعض الى قضاء الدين ، وابى البعض ، بيع على الآبي نصيبه او بعضه ؛ واخذ قضاء الآخرين من حيث شاءوا . [٢]

٢٢٩ ـ لكن ربما حمل سوء النية ورقة الدين اوتوهم البخس بعض الورثة على الاقرار لشخص ما يتواطأ معه بدين على الميت : فهل يكفي ذلك لنقض القسمة ، على ما اسلفنا من تفصيل ؟

لقد سأل سُحنون ابنَ القاسم هذا السؤال بعينه ، وبين له ما عسى يكون فيه من احتيال ؟ ولكن ابن القاسم أبى الا ان يقال للورثة : اذا حلف هذا المقر له ، ان شئتم فادفعوا اليه ما استحق ـ باقرار هذا مع يمينه ـ انتم وهذا المقر بالدين فينفذ قسمكم والا ابطلنا القسمة واعطينا هذا دينه ، ثم قسمنا مابقي بينكم ... فان ابى المقر الا نقض القسمة ، ودفع الباقون حصصهم في الدين (المزعوم) فالقسمة ماضية ، ويباع نصيب المقر ليوفي منه قسطه في الدين ما لم يتدارك الأمر بالدفع هو الآخر [٣]

اما الحنفية والشافعية فقد احكموا اغلاق باب هذه الحيلة ، اذ اخذوا المقر وحده بمقتضى اقراره ـ ما دام قد جحد الباقون وحملوه الدين كله ان كان نصيبه يفي به ، ومثله للحنابلة إلا أنهم يحملونه حصته من الدين لا غير .

أما إذا كان عدلا وشهد مع عدل آخر ، فان المستحق يستحق الدين كله في التركة نفسها .

وكذا لو شهد وحده وهو عدل ، مع يمين الدائن عند من يقضي بشاهد ويمين ، كالمالكية والشافعية والحنابلة [٤].

تنبيهات للحنفية :

٢٣٠ ـ **الأول** : ان الدائن الذي يظهر بعد القسمة يمكن أن يكون أحد الورثة ، إذ لا تناقض بين اقدامه على القسمة ، الذي هو في معنى الاقرار بالشركة فيما دق وجل ، وادعاء الدين الذي هو منازعة بالاختصاص ، نظرا لاختلاف المتعلق : فان متعلق الدين ليس هو صورة التركة بل ماليتها ، ومتعلق القسمة انما هو الصورة [٥].

نعم يكون هناك تناقض ينافي سماع الدعوى وقبول البينة ، لو ادعى عينا في التركة ، لاتحاد المتعلق حينئذ ـ إلا أن تكون القسمة قسمة اجبار ، إذ ليست في معنى اقراره بالشركة . على أن التناقض مغتفر إذا كان في موضع الخفاء : كأن ادعى ان أباه جعل له هذه العين في صغره [٦].

الثاني : قد يرجع الدائن بعد أن أجاز القسمة ، أو بعد أن رضي بضمان من ضمن له الدين .

---

(١) الخرشي ٤/٤١٥ ، ٤١٦ ، والتحفة وحواشيها ٢/٧٥،٧٦

(٢) المغني ١١/٥١١ ومنهاج الطالبين بتعليق السراج ٢٢٢ وان كان عند الشافعية والحنابلة احتمالات اخرى مثل : ١ ـ مضاء القسمة بناء على انها محض تمييز حقوق ٢ بطلانها كبيع التركة قبل قضاء الدين في احد الوجهين [المهذب ١/٣٢٧،٢/٣١٠ وانظر : ف ١٩٣] .

(٣) المدونة ١٤/١٩٢

(٤) مجمع الانهر ٤/٤٩٨ ، والهندية ٥/٢٢١ ، والمهذب للشيرازى ٢/٣٥١ ، ودليل الطالب ص ٣١٢

(٥) يعود فيه ماسلف للطحطاوي (ف ٢٧٧ ـ التعليق٨)

(٦) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٥ ، رد المحتار ٥/١٧٥،١٧٦

فلكيلا تكون القسمة على خطر النقض يلجأ إلى الضمان بشرط براءة الأصيل ، وهو الميت هنا ، فتكون حوالة لازمة[1].

الثالث : لا يؤثر ظهور وارث أو موصى له في معناه[2] إذا كان القاضي هو الذي قسم ، وعزل قدر استحقاق كل منهما – على خلاف في الموصى له[3] .

الرابع : قسمة القاضي مع علمه بوجود الدين أو ما هو في حكمه ليست على سنن القياس ، إذ لا ملك ، ولذا فهو لا يقسم أصلا في حالة الدين المستغرق ، والدائن غائب . وما كان ليقسم في حالة الدين غير المستغرق لو اتبع القياس إلى آخر الشوط ، كما قرره الامام . ولكنه الاستحسان : إذ قلما تخلو تركة من دين يسير ، ومن المستقبح أن توقف قسمة تركة تقدر بالألوف من أجل دين عشرة دنانير . فيوقف القاضي قدر المستحق لغير الورثة ، ويقسم الباقي بينهم ، نظرا لكلا الفريقين ؛ ولا يأخذ كفيلا . أما عند الصاحبين فيأخذه . وأما إذا كان القاضي لا يعلم بالدين ولا بالوصية ، فانه يسأل الورثة ، فان نفوهما ، فهذا هو الأصل ، فيصدقون ويقسم بينهم . ثم إذا ظهر دائن أو موصى له نقضت القسمة لأنها وقعت قبل أوانها ، على خلاف نص القرآن الكريم : (من بعد وصية يوصى بها أو دين) – إلا إذا زال المانع على نحو ما سلف[4] .

الفصل السادس
قسمة المنافع (المهايأة)

وللمهايأة بحث مستقل ، وقد رئي نشره ملحقا بالقسمة في هذه الطبعة التمهيدية لنماذج من البحوث ، لشديد صلته بها ، ولتأخر موقعه في الموسوعة الكاملة المرتبة .

**

(1) رد المحتار ٥/١٧٥ ، والهندية ٥/٢٢٢
(2) انظر ف ٢٢٥
(3) الهندية ٥/٢٢٢

(4) ف ٢٢٧ ، والزيلعي على الكنز ٥/٢٧٥ ، والهندية ٥/٢٢١ ورد المحتار ٥/١٧٥

المهـايـاة
(قسمـة المنـافع)

١ – وقـد تسمى المهايأة ، أو قسمة المهايأة ، بتحقيق الهمزة وتسهيلها[١] . وهي في أصل اللغة : مفاعلة من الهيئة ، التي هي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيْ ، والتهايؤ : تفاعل منه . يقال هايأ فلان فلانا وتهايأا ، إذ تواضعا وتراضيا بأمر ما [٢] .

وهذا المعنى اللغوي متحقق في قسمة المنافع التي هي معنى المهايأة شرعا : لأن كل واحد فيها ، إما أن يرضى بهيئة واحدة ويختارها ، وإما أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي وقع بها انتفاع شريكه الأول[٣].

وفي هذا البحث أربعة فروع : ١– مشروعيتها ٢ – متى تكون ٣ – كيفيتها ٤ – الآثـار المترتبة عليها :

الفرع الأول
مشروعيتهـا

٢ – القياس عند الحنفية يقتضي امتناعها . لأنها مبادلة منفعة بجنسها نسيئة ؛ إذ كل واحد من الشريكين ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه[٤] لكن ترك القياس إلى القول بجوازها استحسانا ، لما قام من دلائل مشروعيتها .

إذ هذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنـة والاجماع والمعقول :

أما الكتاب : فقوله عز اسمه – حكاية عن نبيه صالح يخاطب قومه : (هذه ناقة لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم) [٥] : إذ هو يدل على جواز المهايأة الزمانية بنصه – بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه – وعلى جواز المهايأة المكانية بدلالته : لأن هذه أشبه من المهايأة الزمانية بقسمة الاعيان ، إذ كلا الشريكين يستوفى حقه في نفس الوقت ، دون تراخ عن صاحبه[٦] .

وأما السنة :

أ – فقد جاء أن النبي صلوات الله عليه جعل في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر ، يتهايئون في ركوبه . وهذه مهايأة زمانية ، والمكانية أولى منها بالجواز ، كما علمناه .

ب – وروى أن الرجل الذي رغب في خطبة المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلوات الله عليه حين رأى اعراض النبي ، عرض إزاره مهرا – ولم يكن له سواه ؛ فقال صلوات الله عليه : ما تصنع بازارك ؟ان لبسْتَه لم يكن عليها منه شيْ ، وان لِبسْته لم يكن عليك منه شيْ – يشير إلى أن الشأن في قسمة ما لا ينقسم ولا يحتمل الاجتماع على منفعته في وقت واحد،أن يقسم على التهايؤ[٧].

والذي عند الجماعة (البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة) أن النبي صلى الله عليه وسلم قـال للرجل : « أن اعطيتها ازارك جلست لا ازارلك، فالتمس شيئا » [٨] عـلى أن ذاك الترديـد ليس بمعقـول في نفسه ، إذ كيف يكون الازار مشتركا بين الرجل وزوجته ، وقد أصدقها اياه ؟ الا أن يكون على تقدير العارية أو الاباحة ، فيخرج عما نحن بسبيله .

واما الاجمـاع : فليس يعرف في صحة قسمة المنافع على الجملة نزاع لأحد من أهل الفقه .

---

(١) حكى المالكية فيهـا عـدة لغـات فراجعهـا ان شئت (الخرشي وحواشيه ٤/٤٠٠)

(٢) وفى المصباح « تهايا القوم تهايؤا » من الهيئة : جعلـوا لكل واحد هيئة معلومـة والمراد النوبـة .

(٣) تقـدم دخـولها في تعريف القسمة على عمومهـا (ف٢ ومـابعـدهـا) .

(٤) نتائج الأفكار ٨/٣٧٧ .

(٥) سورة الشعراء /١٥٥

(٦) البدائع ٧/٣٢

(٧) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٥

(٨) نيل الاوطـار ٦/١٧٠

وأما المعقول : فلان ما لا يقبل القسمة ، قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع به في وقت واحد . فلو لم تشرع قسمة المنافع لضاعت منافع كثيرة ، وتعطلت أعيان انما خلقها الله سبحانه لينتفع بها . ولا يستقيم هذا في عقل أو شرع حكيم[١].

الفرع الثاني

متى تكــون ؟

٣ ــ تكون قسمة المنافع إذا صادفت محلها ، وتراضى عليها الشركاء ؛ أو طلبها أحدهم والقسمة العينية غير ممكنة ، أو ممكنة ولكن لم يطلبها شريك آخر ، والمنفعة غير متفاوتة تفاوتا يعتد به[٢] .

٤ ــ **محلهــا** المنافع ، كما هو فرض الكلام ، أي منافع الاعيان التي يمكن الانتفاع بهــا مع بقاء أعيانها . فلا يصح التهايؤ على الكتابة من محبرة مثلا[٣] ولا على الغلات المتمثلة أعيانا بطبيعتها كالثمار واللبن ، لأن التهايؤ ، الذي هو شكل قسمة المنافع ، انما جاز ضرورة ان المنافع أعراض سيالة ، لا تمكن قسمتها بعد وجودها لتقضّيها وعدم بقائها زمانين ، فقسمت قبل وجودها بالتهايؤ في محلها . أما الاعيان التي هي غلات فتبقى وتمكن قسمتها بذواتها ، فلا حاجة إلى التهايؤ في قسمتها على ما فيه من الغرر[٤] وسيجيء البحث في غلة الكراء[٥] . فالأراضي الزراعية المشتركة بين اثنين تمكن قسمتها بالمهايأة : كأن يأخذ كل واحد نصفها ، أو يأخذها أحدهما كلها فترة معينة من الزمن ثم الآخر كذلك ؛ لأن هذه قسمة منافع الأرض بزراعتها . أما النخل وشجر الفاكهة يكون بينهما فيتقاسمان على نحو ما قلناه في الأرض ، ليستقل كل بما يتحصل من الثمرة في حصته أو في نوبته فلا سبيل إلى ذلك باتفاق الامام وصاحبيه ؛ لأن الثمار أعيــان تمكن قسمتها بعد وجودها . وكذلك البقر والغنم وما إليهما ، لا تجوز قسمة ألبانها بطريق المهايأة ، على نحو ما أسلفنا ، للمعنى ذاته[٦].

ولذا جاء في الفتاوى الهندية ، نقلا عن الخانية : « رجلان تواضعا في بقرة بينهما على على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما ، يحلب لبنها ، كان باطلا ؛ ولا يحل فضل اللبن لأحدهما ، وان جعله صاحبه في حل ، لأنه هبة المشاع فيما يقسم ، إلا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل ، فاذا جعله صاحبه في حل ، كان ذلك ابراء من الضمان فيجوز . أما حال قيام الفضل فيكون هبة أو ابراء من العين ، وانه باطل »[٧].

ويذكرون أن الحيلة للمهايأة في الثمر أو اللبن[٨] أن يشتري هذا حصة شريكه من الأصل (أي الشجر أو الحيوان) ثم يبيعه اياه كله بعد انقضاء نوبته ليبدأ ذاك نوبته ، حتى إذا انقضت باع صاحبه الأصل بدوره . وهكذا دواليك . أو يستقرض حصة صاحبه من اللبن او الثمر ، بأن يزن كل يوم ما يخصه ، حتى إذا انقضت نوبته استوفى صاحبه بالوزن ما كان اقرض ؛ إذ قرض المشاع جائز ، أصلا وتأجيلا[٩].

٥ ــ هكذا قرر الحنفية . وهو موضع وفاق من غيرهم[١٠]، إلا أن الشافعية والحنابلة يذكرون أن الحيلة في التهايؤ على الثمر واللبن هي الاباحة أي أن يبيح كل من الشريكين نصيبه لصاحبه

---

(١) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٥

(٢) قال في مجمع الانهر (٢/٤٩٦) تجوز عنـد تعذر الاجتماع على الانتفاع . وهو صحيح في نفسه . ولكن الاقتصار عليه، والمقام مقام بيان ، يشعر بالحصر . وليس كذلك ، كمـا سترى .

(٣) رد المحتار ٥/١٧٦

(٤) فتح القـدير ٨/٢٨٣ ، الزيلعي علـى الكنـز ٥/٢٧٧

(٥) ف ١٢ .

(٦) البدائع ٧/٣٢ ، وفتح القدير ٨/٢٨٣

(٧) ٥/٢٣٠

(٨) استثنوا من المنع لبن الادميـة ، لانه جار مجرى المنافع اذلا قيمـة لـه . (الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٧)

(٩) فتح القدير ٨/٢٨٣ ، ورد المحتار ٥/١٧٧ ، ١٧٨

(١٠) نهـاية المحتاج ٨/٢٧٤ .

مدة نوبته ؛ ويغتفر الجهل لمكان الشركة وتسامح الناس [١] .

ولا يذكر المالكية حيلا [ومن أصلهم سد الذرائع] ولكن يذكرون ما هو منها بسبيل . ذلك أنهم قالوا في اللبن يجوز التهايؤ عليه إذا كان على الفضل البين ، لأنه يخرج من باب المعاوضات إلى باب المعروف البحت : وذلك كما لو جعلا لبن البقرة لأحدهما يوما وللآخر يومين [٢].

التراضي والاجبار

٦ ــ قسمة المنافع أيضا تتنوع إلى قسمـــة تراض وقسمة اجبار . [وللحنفية في ذلك كلام مضطرب . ولكن الذي يستخلص أن قسمة المنافع في تنوعها هذا معتبرة بقسمة الاعيان :

أ ــ فحيث اتحد الجنس واتفقت المنافع : يمكن أن تكون القسمة قسمة اجبار لغلبة معنى الافراز حينئذ ــ وذلك كما في قسمة دار للسكنى ، أو أرض للزراعة ، باتفاق الامام وصاحبيه ؛ أو دارين أو أرضين على رأي الصاحبين إذا رأى القاضي وجه العدالة في ذلك .

وإذن فاذا طلب المهايأة أحد الشريكين أجبر الآخر عليها ــ إلا أن يكون المحل قابلا للقسمة العينية وطلبها هذا الآخر ، فانها تقدم ، لأن فيها ــ مع وصول كل إلى حقه في نفس الوقت ــ فائدة مقصودة : هي افراز الملك وتمييزه عن ملك الغير . بل لو وقعت القسمة مهايأة بالفعل ، وكان قد سكت هذا الشريك فصحت ، ثم بدا له فعاد فطلب القسمة العينية ، فانه يجاب وتبطل قسمة المهايأة ، لما ذكرناه [٣].

وهذا ينتظم العين المشتركة التي لا تقبل القسمة ، فيجبر على التهايؤ فيها إذا طلبه أحد الشركاء [٤] وكذلك العين المستأجرة التي لا يمكن الاجتماع على الانتفاع بها ، كدار لا تسع إلا سكنى أحد الشريكين [٥] .

ب ــ وحيث كان الأمر على العكس من ذلك : بأن اختلف الجنس كدار وأرض ؛ أو تفاوتت المنفعة ، كدار تقسم مهايأة ليكون بعضها حصة للسكنى والبعض الآخر حصة للاستغلال ــ فلا اجبار ، ولا سبيل إلى قسمة المهايأة إلا بالتراضي [٦].

٧ ــ ثم لا فرق بعد هذا ، بين أن تكون القسمة بالمهايأة المكانية أو بالمهايأة الزمانية ؛ إذ هما متراجحان ، ولكل منهما مزيته : فالأولى أعدل ، لوصول كل واحد إلى حقه في نفس الوقت ؛ والثانية أكمل ، لأن كل واحد ينتفع بالعين كلها . ولذا لو اختلفا في التهايؤ على الدار : هذا يطلب أن يسكن أحدهما في مقدمها ، والآخر في مؤخرها ؛ وذاك يطلب أن يسكن أحدهما جميع الدار شهرا ، ثم الآخر شهرا آخر ــ فان القاضي لا يجيب أحدهما ، إذ لا رجحان لأحد ، وانما يأمرهما بأن يتفقا : ثم إذا اتفقا على المهايأة الزمانية اقرع بينهما لتعيين من له البداءة ؛ وان اتفقا على المهايأة المكانية ، ولكن تنازعا مكانا بعينه ، اقرع بينهما ليتعين بالقرعة لكل واحد مكانه [٧] .

٨ ــ والمتبادر من المجلة [٨] ان الاجبار انما يكون في القسمة المكانية ولو كان هذا صحيحا لتعين على القاضي في النزاع الآنف ان يجيب طالبها ، ولا يلتفت إلى طالب المهايأة الزمانية .

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، ومطالب اولى النهى ٦/٥٥٣

(٢) الخرَاشي ٤/٤٠٩

(٣) نتائج الافكار ٨/٣٧٨

(٤) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٥ ومن ذلك ما في الدر المختار دار أو حانوت بين اثنين لا تمكن قسمتها ، تشاجرا فيه فقال أحدهما : لااكرى ولا انتفع ، وقال الاخر : اريد ذلك أمر القاضي بالمهاياة ، ثم يقال لمن لايريد الانتفاع : ان شئت فانتفع ، وان شئت فاغلق الباب (رد المحتار ٥/١٧٢)

(٥) رد المحتار ٥/١٧٧

(٦) العنايـة مع فتح القدير ٨/٣٨٠

(٧) العناية ٨/٣٨٠ ، ورد المحتار ٥/١٧٦

(٨) م ١١٨١

ويظهر ان الاضطراب قديم فقد جاءت عبارة ملتقى الأبحر صريحة في الاجبار على القسمـــة بالمهايأة الزمانية . ولكن شارحه الداماد غير العبارة لئلا يتسلط في الاجبار عليها[١] على حين ان العلائي — وهو متأخر — ترك عبارة المتن كما هي[٢].

ولعل الذي أربكهم ، برغم وضوح الدلالة التي أسلفناها ونص ملتقى الأبحر ، هو ما قيل إن المهايأة الزمانية على تقدير معنى القرض ، ومع أنه مجرد قيل ، فليس هو إلا محض تقدير يساق مساق الحكمة للمشاركة في زيادة الغلة كما سيجيء[٣] وقلما يسلم . ومما يزيدك ثلجا ١ — انهم ذكروا هذا التقدير في قسمـــة الاجبـــار ، وإلا فلا مانع من التراضي على تفاوت الغلة — فهل يقع الاجبار على القرض والاستقراض . ٢ — انهم جعلوا من الحيلة في المهايأة على استغلال اللبن والثمر أن يقترض هذا نصيب صاحبه من اللبن أو الثمر ثم يستوفيه الآخر — فلو كان القرض ضربة لازب في كل مهايأة زمانية لما احتاج أحد إلى مثل هذه الحيلة] .

٩ — وقد ذهب إلى قصر الاجبار على المهايأة المكانية صاحب المحرر من الحنابلة حيث لا تنطوي القسمة على ضرر[٤]. ولكن الذي اعتمده الحنابلة خلافه : وهو نفي الاجبار في قسمة المنافع كلها — قبلت العين القسمة العينية ام لم تقبلها اتفقت المنفعة ام اختلفت . وهو الذي قال به المالكية والشافعية[٥] لأن في هذه القسمة معـــنى المعاوضة على العموم ، إذ كل واحد من الشريكين ينتفع بنصيب صاحبه أو حصته عنده لقاء انتفاع صاحبه بنصيبه أو حصته ؛ ولأن المنفعة معدومة عند القسمة ، ولا يدري أحد من المتقاسمين ما يحصل له منها وما لا يحصل ؛ ثم لأن في المهايأة الزمانية خاصة غبنا لمن تتأخر نوبته .

١٠ — لكن يقرر البُلْقيني من الشافعيـــة أن المانع الحقيقي من دخول الاجبار في قسمة المهايأة ، هو بقاء العلقة بالشركة في العين ذاتها — ولذا فان المنافع المملوكة بغير حق ملك الذات ، كما في الاجارة والوصية ، تقبل الاجبار على قسمتها[٦] وفي نهاية المحتاج ما يفيد انه أحد وجهين في المذهب ، والوجه الآخر هو اطـــلاق القـــول بعدم الاجبار — إلا في حالة الضرورة كما سيجيء[٧].

وفي تنقيح الحامدية كلام مستدرك عن عدم الاجبار على تهايؤ المستأجرين[٨] . [فلعل عند الحنفية أيضا وجهين] .

١١ — ذكر الشافعية أن الشركاء قد يأبون من قسمة المهايأة فيما لا يقبل القسمة العينية ، فحينئذ يؤجره القاضي عليهم أو يجبرهم على ايجاره ، مدة قريبة كسنة . فان تعذر الايجار لكساد لا يرجى انقشاع غمته من قريب ، فانه يبيع عليهم . لكن ربما تعذر البيع ايضا ، وهنا يقول الزركشي : يجبرهم على المهايأة إذا طلبها أحدهم . ولا يعرض عنهم إلى الصلح كما في العارية ، لأنه ضرر عام وكثير[٩] ولابن البناء من الحنابلة نحوه، إلا أنه لم يذكر البيع[١٠] ومعلوم موقف المالكية المتميز ومعهم موافقوهم في الاجبار على البيع ، لكن بطلب أحد الشركاء[١١].

١٢ — وقد مضى أبو حنيفة في غير العقار

(١) مجمع الانهر ٢/٤٩٦

(٢) الدر المنتقى ٢/٤٩٦

(٣) ف ، ١٢

(٤) الانصاف ١١/٣٤٠

(٥) الخرشي ٤/٤٠١ ومغني المحتاج ٤/٤٢٦ . وقـد جرى عليه القانون المدني المصري باستثناء المهايأة المكانيـة التي يطلبها احـد الشركاء فضا للمنازعـات الى ان تتم اجراءات القسمـة العينيـة (الوسيط للسنهوري ٨/٨٢٣)

(٦) مغني المحتاج ٤/٤٢٦

(٧) ٨/٢٧٢

(٨) شرح المجلـة للاتاسي ٤/١١٩

(٩) مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، ونهـايـة المحتاج ٨/٢٧٢

(١٠) الانصاف ١١/٣٤٠

(١١) قسمـة ف ١٧٨ — ١٨٠

على وتيرة واحدة ، إذ منع المهايأة على الغلة [١] ، وحكم ببطلانها ، للمعنى الذي أسلفناه [٢] أعني أنها عين ، وتمكن قسمتها ؛ فيبقى المال المشترك دون مهايأة : ثم ما يتحصل من غلته يقتسمه الشركاء بينهم . فعنده لا يصح التهايؤ على استغلال الدابة أو الدابتين والعبد أو العبدين [٣].

ولكنه لامر ما استثنى غلة العقار ، فألحقها بالمنافع ، وجوز التهايؤ على قسمتها – فلا مانع منه في الدار الواحدة أو الدارين ، والأرض الواحدة أو الأرضين ، سواء كان التهايؤ زمانيا أم مكانيا . فاحتاج إلى الفرق بين العقار والحيوان مثلا : فوجده في كثرة الغرر في الحيوان ، لأن تعرضه للتغيرات أكثر ، ففي المهايأة عليه تكون المعادلة ، التي هي من شرائط القسمة ، في مظنة الفوات ؛ ولا كذلك في العقار : فان الظاهر فيه بقاء التعادل القائم عند القسمة .

ثم فرق بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية – على الاستغلال : ففي المكانية إذا زادت الغلة في نوبة أحد الشريكين عنها في نوبة الآخر لا يشتركان في الزيادة ، بل تخص من وقعت في نوبته – لقوة معنى التمييز والافراز في هذا النوع من القسمة ، بسبب اتحاد زمان استيفاء كل حقه . وفي الزمانية يشتركان في الزيادة ، لضعف هذا المعنى فيها ، بسبب تعاقب استيفاء كل حقه ؛ فيقدر معنى القرض ليحصل التعادل : كأن هذا أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيب الآخر في الشهر الثاني . ويقدر أن كلا منهما وكيل عن صاحبه في تأجير نصيبه فاذا استوفى المقرض قدر قرضه كان الباقي مشتركا بينهما [٤].

١٣ –[على أن هذا هوظاهر الرواية [٥] فلعل الامام في الرواية الاخرى جرى على وتيرة واحدة في غلة العقار وغير العقار ، فمنع التهايؤ في قسمتيهما . وقد صرحوا بذلك في المهايأةالمكانية [٦] فالزمانية أولى . وهو الذي جزم به بعض من حكى الكاساني في البدائع كلامه خلال احدى مناقشاته [٧] واعتمده قارئ الهداية في فتاويه إذ يقول : « ان السفينة (وهي ملحقة بالعقار) لا يجبر على التهايؤ فيها حملا ولا استغلالا من من حيث الزمان : بأن يستغلها هذا شهرا والآخر شهرابل يؤجرانها ، والأجرلهما »] [٨] وعليه جرى محررو المجلة ، فيما يجري مجرى السفينة : كالطاحونة والمقهى والحمام ؛ ولم يروا المهايأة على الغلة في ذلك – إلا كملجأ أخير تدعو إليه الضرورة ، حين يرفض الشركاء التأجير [٩].

١٤ – ومنع المهايأة على الغلة – بمعنى الكراء [١٠] – هو مذهب المالكية الذي لا يختلفون عليه ، فيما قل وكثر ؛ لأنها تتفاوت ، ويدخلها من الغرر ما يدخل كل ما لا انضباط له – حتى لقد ردوا قول محمد بن عبد الحكم : « يسهل ذلك في اليوم الواحد » ولم يعتبروه معبرا عن المذهب . نعم إذا انضبطت الغلة ، كما في حالات التسعير الجبري بواسطة السلطات الحاكمةفذاك [١١].

الفرع الثالث

كيفيتها

قسمة المنافع تتنوع إلى نوعين : وان شئت فقل تكون باحدى صورتين :

١٥ – أ – مهايأة زمانية وهي التناوب على الانتفاع بالعين المشتركة كاملة مدة معلومة من

---

(١) اي غلة الكراء – بان يؤجر العين ويحصل الاجرة
(٢) ر قسمة ف /٢٣٤
(٣) فتح القدير ٨/٣٨١ – ٣٨٣ ، والهندية ٥/٢٣١ ورد المحتار ٥/١٧٧
(٤) الزيلعي على الكنز ٥/٢٧٧
(٥) فتح القدير ٨/٣٨١ ، ٣٨٢

(٦) ايضا فتح القدير ٨/٣٨٢
(٧) ٧/٣٣
(٨) رد المحتار ٥/١٧٧ ، فلا اشكال فيه كما زعم ابن عابدين
(٩) م/١١٨٤
(١٠) في المصباح : الكراء (بالمد) : الاجرة
(١١) الخرشي وحواشيه ٤/٤٠١

الزمن تتناسب في جانب كل من الشريكين أو الشركاء مع نصيبه في العين المشتركة ـ إلا أن يتزل عن شيء بطيب نفس منه ، كأن يتهايأ الشريكان على أن يزرعا الأرض أو يسكنا الدار : هذا سنة وهذا سنة ؛ ولا مفر من هذه الكيفية في المهايأة على العبد الواحد أو البيت الصغير ، وكل ما لا تنقسم عينه ؛ فيتهايأ الشريكان على أن تكون لأحدهما خدمة العبد أو سكنى الدار أسبوعا أو أكثر أو أقل ، ثم للآخر كذلك .. وهكذا دواليك .

لكن الامام أبا حنيفة خلافا لصاحبيه يمنع الاجبار على التهايؤ في ركوب الدابة : يركبها هذا يوما مثلا وهذا يوما؛ لفحش التفاوت النازل منزلة اختلاف الجنس بين ركوب وركوب : فرب راكب حاذق ورب آخر أخرق ـ والدابة حيوان أعجم لا يستطيع أن يرفض حين يساء استعماله ؛ ومن هنا فارقت العبد[1].

وليس هذا الفرق عند الصاحبين بالجلاء الذي يظن ، فلم يلتفتا إليه[2].

١٦ ـ ب ـ مهايأة مكانية : وهي أن يستقل كل واحد من الشريكين أو الشركاء بالانتفاع ببعض معين من المال المشترك ، مع بقاء الشركة في عين المال بحالها . ولا يشترط بيان مدة ، لأنها ليست مبادلة محضة ، بل معنى الافراز فيها أغلب[3]. فالدار الواحدة القابلة للقسمة، والأرض الواحدة ، يمكن بلا خلاف أن يتهايأ الشريكان فيها على أن يسكن أو يزرع أحدهما مقدمها ، والآخر مؤخرها ؛ وإذا كان في الدار علو وسفل ، أمكن أن يتهايآ ا على أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفل ـ اجبارا ؛ لأن هذا كله لا يختلف الامام وصاحباه في الاجبار على قسمته قسمة أعيان ، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان.

والداران يمكن كذلك أن يتهايأ الشريكان على أن يسكن هذا هذه وهذا هذه ـ وكذلك الأرضان زراعة ، والعبدان خدمة . وهذا أيضا بلا خلاف . وقد كان يتوهم في الاجبار عليه خلاف أبي حنيفة اعتبارا بقسمة الاعيان ، ولكنه ـ في ظاهر الرواية ـ نظر هنا إلى أن التفاوت في قسمة المنافع وحدها لا يتفاحش تفاحشه في قسمة الاعيان ؛ فلم يفرق هنا بين دار ودارين وأرض وأرضين ، وخدمة عبد وخدمة عبدين .

على انه في غير ظاهر الرواية مضى على أصله في قسمة الاعيان فمنع الاجبار على قسمة المنافع في الدارين والأرضين قسمة جمع ، بل روي عنه امتناع المهايأة فيهما باطلاق : جبرا وتراضيا : أما جبرا ، فلما علمناه ؛ واما تراضيا ، فلأنها بيع المنفعة بجنسها نسيئة . وجواب هذا الملحظ الأخير أن القسمة ليست محض معاوضة ، فلا يجري فيها ربا النسيئة[4].

١٧ ـ أما في التهايؤ على دابتين للركوب من جنس واحد : كفرسين عربيتين ، يأخذ هذا واحدة والآخر الأخرى ، فأبو حنيفة ـ خلافا لصاحبيه الناظرين إلى قسمة الأعيان ـ على أصله من أن الركوب في حكم جنسين مختلفين ؛ ولذا لا يملك من استأجر دابة ليركبها أن يؤجرها للركوب ، ولو فعل لضمن ؛ فلا يمكن الاجبار على هذا التهايؤ . أما بالتراضي فلا بأس[5].

هذا تقرير مذهب الحنفية .

١٨ ـ ويوافقهم الشافعية والحنابلة على كيفية قسمة المنافع ، وتنوعها الى مهايأة زمانية ومهايأة ومكانية ـ لا يشترط فيها بيان مدة[6].

اما عند المالكية فلا بد من التحديد بمدة على كـل

(١) مجمع الانهـر ٢/٤٩٧

(٢) فتح القديـر ٨/٣٨١ ، والبدائع ٧/٣٢

(٣) نتائج الافكار ٨/٣٧٩

(٤) فتح القدير ٨/٣٨٠ ، ٣٨١

(٥) البدائع ٧/٣٢ وفتح القدير ٨/٣٨١ ومجمع الانهر ٢/٤٩٧

(٦) مغنى المحتاج ٤/٤٢٦ ومطالب اولى النهى ٦/٥٥٣

حال كما في الإجارة (١) وكان عياض من المالكية قد قسمها الى زمانية ومكانية، فلم يرضوا تقسيمه؛ وقالوا انها لا تكون الا زمانية — ولو تعدد المحل واستقل كل شريك بجانب منه . لكن الطريقة التي جرى عليها عياض ، هي طريقة ابن الحاجب وابن رشد ؛ وارتضاها خليل في توضيحه ، ويحتملها كلامه في المختصر (٢)

١٩ — ولكن ما مدى المدة التي تحدد بها المهايأة؟ نحن نجد المالكية يمثلون بالتهايؤعلى العبد يخدم هذا شهرا وهذا شهرا ، أو مايقارب الشهر؛ وبالتهايؤ على الدار يسكنها هذا سنين وهذا سنين — اي اذا كانت تحتمل هذه الآجال . فيلوح من سياقهم التفريق في طول المدة وقصرها بين العقار وغيره . ولذا يقول ابن رشد الحفيد : انها تكون يسيره فيماينقل ويحول : قيل الشهر ، واكثر قليلا (٣) على حين ان الشافعية يقولون: ولو مياومة أومشاهرة اومسانهة ، فالمسألة مسألة تراض (٤)

وليس للحنفية نص في المسألة عند التنازع في المدة طولا وقصرا . ولكن الرملي منهم بحث أن يفوض الأمر إلى القاضي ، ولم ير له أن يأمر الشريكين بالاتفاق ، كما إذا اختلفا : هل تكون المهايأة زمانية أو مكانية ، لتساوي الاحتمالين هناك ، ولا كذلك هنا . ثم بدا له فأضاف : « وان قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر بالآخر — لأنه أسرع وصولا إلى الحق — فله وجه »(٥).

الفرع الرابع
الآثار المترتبة على المهاياة

إذا تمت قسمة المنافع على الصحة ، ترتبت عليها آثارها . ومن هذه الآثار :

٢٠ — **أولا : عدم لزومها :** بمعنى أن لكل شريك أن ينقض المهايأة متى شاء . لكن هذا مشروط بشرائط ثلاث ، في ثالثتها خلاف :

الشريطة الأولى : أن تكون القسمة عن تراض : فلا يملك شريك الانفراد بنقض قسمة الاجبار ، وإلا لغا معنى الاجبار فيها . فاذا اتفق الشريكان على النقض ، فهو حقهما يريان فيه ما شاءا ، ما دام الفرض انحصار الشركة فيهما .

الشريطة الثانية : عدم تعلق حق أجنبي : فلو أن أحد الشريكين كان قد أجر الدار أو الأرض مثلا في نوبته ، ولم تنته مدة الاجارة بعد ، فانه لا يملك هو ولا شريكه نقض المهايأة، رعاية لحق المستأجر (٦)

الشريطة الثالثة : أن يكون للراجع عذر : كأن يريد بيع نصيبه ، أو القسمة العينية . أما أن يريد العودة إلى الشركة في المنافع كما كانت قبل المهايأة ، فليس له حق الرجوع .

لكن هذا خلاف ظاهر الرواية ؛ وجروا عليه في المجلة (٧) . أما ظاهر الرواية فيعطيه حق الرجوع ونقض القسمة، سوا كان له عذر أم لا (٨).

[ولا يغيبن عن البال أن قسمة القضاء أعدل ولا أقل من أن يكون في احتمال طلبها ما يشفع له . فقد تكون هذه هي الحكمة ، ولا يلزم اطرادها . وقد أشاروا إليه .]

٢١ — وقد أطلق الشافعية والحنابلة القول بأن

(١) وهو الذى جرى عليه التقنين المدني المصري : اذ شرط في المهاياة المكانية الاتزيد مدتها على خمس سنين . فان لم تشترط لها مدة او انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه ، قبل انهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر ، انه لا يرغب في التجديد . واذا استمرت خمس عشرة سنة انقلبت عينية ، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك (م ٨٤٦ مدني والوسيط للسنهوري ٨/٨١٤)

(٢) الخرشي ٤/٤٠٠

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٧٠ ، الخرشي ٤/٤٠٠

(٤) مغنى المحتاج ٤/٤٢٦ .

(٥) رد المحتار ٥/١٧٦

(٦) الهندية ٥/٢٣٠

(٧) م ١١٩٠

(٨) رد المحتار ٥/١٧٧ ، والهندية ٥/٢٢٩

قسمة المنافع غير لازمة .[ولم يتعرضوا هنا لتعلق حق الغير . ولكن قد يخرج حكمه من أخذ الشفيع بالشفعة ، بعد أن أجر المشتري الشقص : فان للشفيع أن يفسخ الاجارة ، لأن حقه أسبق[١]. والمسألة طويلةالذيول فراجعها ان شئت في قواعد ابن رجب[٢].]وقد ذهب ابن تيميــة إلى أنها لا تكون غير لازمة إلا بعد انقضاء الدور (يعني في المهايأة الزمانية) أما في اثنائه فلا [٣]ولكنهم لم يلتفتوا إليه . واكتفوا بان من استوفى من المنافع شيئا لم يستوف شريكه مثله ، تكون عليه أجرة مثل حصة شريكه ، كما لو تلفت العين[٤]. وهذا هو مقتضى كلام عياض في المهايأة المكانية . أما المهايأة الزمانية فلازمة باتفاق المالكية : وقد علمنا أنها عندهم لا تكون إلا زمانية — فحكمها اللزوم ما لم تنقض المدة كالاجارة [٥].

٢٢ — ثانيا : أنها لاتنتهي بموت أحد الشريكين أو كليهمــا : لأنها لو انتهت لاحتاج القاضي إلى تجديدها — لأنها تكون ، أكثر ما تكون ، فيما لا ينقسم ، ولا بد اذن أن الورثة سيطلبون اعادتها . ولو فرضناها فيما ينقسم ، فقد يطلبون اعادتها، فما النقض ثم الاعادة؟[٦] ولم يتعرض غير الحنفية لهذه المسألة .

٢٣ — ثالثا : أنهــا تنتهي بتلف العين : كما لو ماتت الدابة ، أو الدابتان أو إحداهما ؛ أو انهدمت الدار ، أو الداران أو إحداهما ؛ لفوات محل القسمة. وهذا ما لا يحتمل الخلف[٧]

٢٤ — رابعا : أنه لاضمــان اذا انتهت بغيــر فسخ : جاء في الفتاوى الهندية« إذاتهايأافي مملوكين استخداماً، فمات أحدهما أوأبق، انتقضت المهايأة . ولو أبق أحدهما الشهر كله ،واستخدمالآخرالشهر كله ، فلا ضمان ولا أجرة،وكان يجب أن يكون عليه نصف أجرة المثل ؛ ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم ، فلا ضمان عليه[٨] ، وكذا المنزل لو انهدم »[٩] . وهذا الذي أشاروا إلى استدراكه — بقولهم : « وكان يجب أن يضمن نصف أجرة المثل » هو مذهب الشافعية والحنابلة[١٠] .

٢٥ — خامسا : اختصاص كل شريك بالتصرف فيما وقع له بالمهاياة : في حدود طبيعة العقد ، أي قسمة المنافع ،ويصرح الحنفية بأنه ليس لأحد من الشريكين أن يحدث بناء أو ينقضه أو يفتح بابا [١١].

ويدخل في هذا الأثر حق الاستغلال . ولكنها مسألة مهمة فنفردها بالبحث :

حق الاستغــلال

٢٦ — لكل واحد من الشريكين حق استغلال ما أصاب بالمهاياة ، أي تأجيره للغير . واطلق في الهداية ثبوت هذا الحق بالمهايأة : سواء شرط في العقد أم لم يشرط — ردا على من زعم توقفه على شرطه . وعلله بأن المنافع تحدث على ملكه ؛ فلا فرق بين انتفاعه بها بنفسه مباشرة وانتفاعه بها بطريق التأجير .

ونقضوه بالعارية ، على أصل الحنفية : من أن المنافع فيها تحدث أيضا على ملك المستعير : فانه مع ذلك لا يملك الاجارة — فان كان حذرا من رجوع المستعير ، فلم لا يكون هنا كذلك — حذرا من رجوع الشريك[١٢].

ولكنه نقض غير وارد بناء على أصل الشافعية وموافقيهم من أن المستعير لا يملك المنفعة ، وانما يملك حق الانتفاع . ولذا يعرفونها بأنها : اباحة

---

(١) المهـذب ١/٣٨٢

(٢) ص ٤٦

(٣) الانصـاف ١١/٣٤٠

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٥٣

(٥) الخرشي ٤/٤٠٠، ٤٠١

(٦) البـدائع ٧/٣٢ ، والعنايـة ٨/٣٧٨

(٧) الهنديـة ٥/٢٣٠ ، ومغنى المحتاج ٤/٤٢٦

(٨) اي علـى من وقع العطب في يده لانه امـين كما سيجيء (ف ٢٧)

(٩) الهنديــة ٥/٢٣٠ .

(١٠) مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، ومطالب اولي النهى ٦/٥٥٣

(١١) الهنـديـة ٥/٢٢٩

(١٢) نتائج الافكار ٨/٣٧٩

الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[1] وقد فرق صاحب البدائع بين حالتين :

أ ــ حالة المهايأة المكانية : وهذه يسلم فيها بحق الاستغلال باطلاق ، وبنفس العلة الآنفة . ويعقب هنا قائلا : « وبه يتبين أن المهايآت في هذا النوع ليست باعارة ، لأن العارية لا تؤجر[2] ».

ب ــ حالة المهايأة الزمانية : وهذه نقل فيها روايتين :

احداهما : للقدوري : وهي تمنع الاستغلال ، بناء على أن هذا النوع من المهايآت عارية ؛ والعارية لا تؤجر . والأخرى : للأصل : وهي مصرحة بجواز الاستغلال وقسمة الزائد منه . وقد حاول صرفها عن ظاهرها ، نقلا عن بعض من تقدمه[3].

لكن شراح الهداية رفضوا البناء على انها عارية ، لمكان المعاوضة فيها[4].

٢٧ ــ سادسا : أنه لاضمان للنقص بالاستعمال

ففي الفتاوى الهندية : « لو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم ، فلا ضمان عليه . وكذلك المنزل لو هدم من سكنى من شرط له ، فلا ضمان . وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه (أي بلا تعد) ــ فلا ضمان [5] ».

وقد صرح به الشافعية إذ قالوا : ان يد كل واحد من المتهايئين يد أمانة [6]. [وهو مقتضى نص المالكية على أنها كالاجارة] [7] ولكن الحنابلة يقولون بالضمان كالعارية [8] ــ أي إن الشريك يضمن التلف في نوبته بغير الاستعمال المعتاد ، وان لم يفرط ــ كما لو كان بسرقة أو حريق . ولهم بعض مستثنيات . فراجعها ان شئت[9].

★ ★ ★

(١) الشرقاوي على التحرير ٢/٩٠ ، والباجوري على ابن قاسم ٢/٩
(٢) البدائع ٧/٣٢
(٣) البدائع ٧/٣٣
(٤) العناية ٨/٣٨٠
(٥) الهندية ٥/٢٣٠
(٦) نهاية المحتاج ٨/١٧١
(٧) بلغة السالك ٢/٢٧٧

(٨) يشبهونها بالعارية برغم أنهم قائلون ــ كالشافعية (المهذب ٢/٣٠٨) ــ بأنها معاوضة (المغني ١١/٥١٢) وفي هذا يقول ابن قدامة « لنا انه بذل منافع ليأخذ شيئا ليعيره شيئا آخر اذا احتاج اليه . المغني ١١/٥١٣ ».
(٩) مطالب أولي النهى ٦/٥٥٣

(مراجع البحث)

من الحديث النبوي :

نيل الاوطار للشوكاني ط . العثمانية ١٣٥٧ هـ

الدراية في تخريج أحاديث الهداية ط. الهند

التلخيص الحبير في تخريج أحاديث شرح الرافعي الكبير ط . القاهرة

من الفقه الحنفي :

ـ البدائع للكاساني ، ط شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ

ـ فتح القدير (شرح الهداية) لابن الهمام . وتكملته « نتائج الأفكار » ـ لقاضي زادة . ط الميمنية ١٣١٩ هـ

ـ العناية شرح الهداية للبابرتي ، وحاشيته لسعدي الشلبي « مطبوع بهوامش فتح القدير

ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . للزيلعي وحاشيته . لسعدي الشلبي ط الأميرية ١٣١٥ هـ .

ـ حاشية ابي السعود على شرح منلا مسكين للكنز ط (١)

ـ الأشباه والنظائر ، لابن نجيم وحاشية للحموي . ط دار الطباعة العامرة بالاستانة .

ـ الفتاوي الهندية ، وبهامشها الفتاوي الخانية . ط الأميرية .

ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ، ط عثمانية ١٣٢٧ هـ

ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية عابدين). ط الاميرية الكبيرة

ـ مجلة الأحكام العدلية . ط الكويت (ملحق المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية) .

ـ شرح المجلة ، للاتاسي . ط حمص ١٣٥٢ هـ .

اتحاف الابصار والبصائر بترتيب الأشباه والنظائر ، لمفتي الاسكندرية محمد أبو الفتح ط . الوطنية بالاسكندرية .

من الفقه المالكي :

ـ الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني ، للنفراوي ، ط . البابي الحلبي

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل ، وحاشيته للعدوي . ط العامرة الشرقية ١٣١٦ هـ .

ـ حاشية التحفة على ابن سودة التاودي . ط ١ حجازي ١٣٥٧ هـ .

بلغة السالك شرح أقرب المسالك للدردير (حاشية الصاوي) ط • مصطفى الحلبي (الأخيرة) •

من الفقـــه الشافعي :

ـ المهذب ، للشيرازي • ط عيسى البابي •

ـ نهـايـــة المحتاج على المنهاج ، للرملي وحواشيهـــا • ط البابي الحلبي •

ـ مغني المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربيني • ط البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ

ـ الشرقاوي على شرح التحرير ط مصطفى الحلبي ١٣٦٠ هـ •

ـ منهج الطلاب بحاشية البجيرمي ط التجاريــــة ١٣٥٥ هـ •

ـ الحاوي للفتاوي ، للسيوطي • ط السعادة •

ـ الاشباه و النظائر ، للسيوطي • ط مصطفي محمد

من الفقـــه الحنبلي

ـ المغني شرح مختصر الخرقي ، لابن قدامـــة • ط المنار الثانيـــــة •

ـ الشرح الكبير على المقنع ، لابن أبي عمر المقدسي (مطبوع مع المغني) •

ـ الانصاف ، ط (١) السنة المحمديــــة •

ـ تصحيح الفروع لابن مفلح ، ط (١) المنار •

ـ مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ط (١) المكتب الاسلامي دمشق •

ـ دليل الطالب ، للشيخ مرعي بن يوسف الكرمي • ط • المكتب الاسلامي دمشق

من الفقـــه العام (المقـــارن) :

المحلى ، لابن حزم ، ط (١) المنيريــــة ١٣٥٠ هـ •

بدايـــة المجتهد ، لابن رشد ، ط (٣) البابى الحلبي ١٣٧٩ هـ •

من المراجـــع القانونيــــة :

الوسيط في شرح القانون المدني ، للدكتور عبد الرازق السنهوري